Göttinger Studien
zu den Kriminalwissenschaften

Fabian Drude

Kostenerwägungen als (zulässiges) Argument im Rahmen der strafprozessualen Rechtsanwendung

Unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen

Universitätsverlag Göttingen

Fabian Drude

Kostenerwägungen als (zulässiges) Argument im Rahmen der strafprozessualen Rechtsanwendung



erschienen als Band 43 in der Reihe „Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften“ im Universitätsverlag Göttingen 2022

Fabian Drude

Kostenerwägungen als (zulässiges) Argument im Rahmen der strafprozessualen Rechtsanwendung

Unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen

Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften
Band 43

Universitätsverlag Göttingen
2022

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Herausgeber:innen der Reihe
Institut für Kriminalwissenschaften
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
Profs. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Katrin Höffler, Jörg-Martin Jehle, Uwe Murmann

Dissertation, Georg-August-Universität Göttingen

Satz und Layout: Sascha Bühler
Umschlaggestaltung: Kilian Klapp



https://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-543-4
DOI: https://doi.org/10.17875/gup2022-1952
ISSN: 1864-2136
eISSN: 2512-7047

Meiner Familie
in Dankbarkeit gewidmet

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im März 2022 durch die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Herbst 2021 berücksichtigt werden.

Mein primärer und ganz herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Uwe Murmann für seine aufgeschlossene und vor allem konstruktive Betreuung dieser Arbeit. Seine Anregungen haben mir sehr geholfen, die Arbeit zielorientiert zu bewältigen. Eine so zügige Erstellung des Erstgutachtens entspricht nicht unbedingt der universitären Alltagsrealität, sodass ich auch insoweit zu besonderem Dank verpflichtet bin. Nicht weniger möchte ich Herrn Prof. Dr. Stefan König für die ebenfalls in kurzer Zeit durchgeführte Zweitkorrektur sowie seine hilfreiche Kritik danken.

Meiner Familie, der diese Arbeit gewidmet ist, danke ich für ihre anhaltende Unterstützung, die mir meinen Weg ermöglich hat. Auf sie war stets Verlass.

Seevetal, November 2022
Dr. Fabian Drude

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einleitung

Ob und inwieweit staatlicherseits entstehende Kosten im Strafprozessrecht als zulässiges Argument im Rahmen der Rechtsanwendung bemüht werden dürfen, ist eine gleichermaßen schwierige[1] und bis heute überraschend selten durchdachte[2] Frage. Dabei sind Wirtschaftlichkeitsbestrebungen im Generellen aufgrund der anhaltenden Reformbestrebungen des Gesetzgebers[3] und der omnipräsenten Diskussion über die unzureichende finanzielle Ausstattung der Justiz[4] seit Jahrzehnten ein Reizthema des Strafprozessrechts. Die durch den Gesetzgeber geschaffenen In-

---

1 *Gollwitzer*, in: FS Kleinknecht, 147 (152 f.); *Nestler*, JA 2012, 88.

2 Für das Polizeirecht wurde die Fragestellung in ähnlicher Form untersucht, siehe dazu *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr; aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel *Pflughaupt*, Prozessökonomie; für den Bereich der Grundrechte *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit; für das Strafprozessrecht sind insbesondere der Aufsatz von *Nestler*, JA 2012, 88 ff. sowie die Anmerkungen von *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 als weiterführend hervorzuheben.

3 Aus jüngerer Zeit die Reform zur „Modernisierung der Strafverfahrens", siehe dazu https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/051519_Kabinett_Modernisierung_Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

4 Der Thematik kann auch eine erhebliche Beachtung in den Alltagsmedien attestiert werden, siehe etwa https://www.spiegel.de/karriere/arbeitsueberlastung-im-gericht-warum-die-justiz-alt-aussieht-a-1265194.html; https://www.lto.de/recht/justiz/j/justiz-belastung-personal-mangel-nachwuchs-pensionierung/.

strumente zur Verfahrensvereinfachung,[5] zuvörderst der sogenannte „Deal“,[6] führen zu der in der Regel als Vorwurf gemeinten Feststellung, die Ermittlungen von Staatsanwaltschaften und Gerichten seien mehr an einer möglichst pragmatischen Verfahrenserledigung als an der tatsächlichen Erforschung der materiellen Wahrheit orientiert.[7]

Die Kritik rund um die seit *vielen* Jahren[8] Einzug haltende Ökonomisierung des Strafverfahrens hat ihre Berechtigung, da auf diesem Wege grundlegende Wandlungen des Strafprozessrechts im Blick behalten werden. Dieser Ökonomisierungsdiskurs erschöpft sich allerdings in erster Linie in der Auseinandersetzung mit den genannten Instrumenten, die der Gesetzgeber zu einer (vermeintlich) effizienteren Gestaltung des Strafverfahrens etabliert hat. Dass Wirtschaftlichkeitserwägungen hier eine nicht zu vernachlässigende Rolle spielen, ist offensichtlich und in hinreichender Form beschrieben worden.[9]

Weitestgehend ungeklärt sind hingegen die Zulässigkeit und die Reichweite des Arguments staatlicherseits entstehender Kosten auf der Ebene der Rechtsanwendung. Anstatt der prima facie schlüssigen Frage nachzugehen, ob und wie sich Ökonomisierungsaspekte von der Rechtssetzungs- auf die Rechtsanwendungsebene übertragen (dürfen), wird zumeist die Bedeutung staatlicherseits entstehender Kosten unter dem Hinweis, die Strafprozessordnung enthalte keine ausdrückliche Norm, welche die Berücksichtigung fiskalischer[10] Aspekte verlange, abgelehnt.[11] Dieser Befund erscheint umso überraschender, da es zugleich als Selbstverständlichkeit gilt, dass Kostenerwägungen in der Praxis, sprich im Rahmen realer polizeilicher, staatsanwaltlicher und richterlicher Entscheidungsfindungen, eine gewichtige Rolle einnehmen.[12] Führt man sich vor Augen, dass solche Entscheidungsfindungen stets

[5] Gemeint sind die Rechtsinstrumente des Strafbefehlsverfahrens gem. § 407ff StPO, des beschleunigten Verfahrens gem. § 417ff StPO sowie die zahlreichen Normen, die zugunsten des Opportunitätsprinzips in weitem Umfang Durchbrechungen des Legalitätsprinzips ermöglichen.

[6] Zum diesbezüglichen Streitstand vgl. bereits die zahlreichen Nachweise bei *Nestler*, JA 2012, 88 Fn. 1 sowie die drastischen Äußerungen bei BeckOK-StPO[39]/*Eschelbach*, § 257c Rn. 1.1–1.16.

[7] *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 284.1; ähnlich *Bertram*, NJW 2000, 2312; tendenziell positiv aus soziologischer Sicht *Nelle-Rublack*, Der modernisierte Strafprozess, S. 17.

[8] So bereits im Jahr 1979 *Rieß*, in: Schreiber, Strafprozess und Reform, S. 114: „Ein mehr funktionales und weniger maximenbewußtes Denken führt in verstärktem Maße dazu, das Strafverfahren gewissermaßen auch unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu sehen und der Optimierung von Aufwand zu Ertrag bei seiner Ausgestaltung mehr Aufmerksamkeit zu widmen.“

[9] Umfangreich hierzu die Arbeit von *Neumann*, Über den Einbruch der Verfahrensökonomie in die Strafprozessordnung.

[10] Das Wort wird im Rahmen dieser Arbeit in einem schwachen Sinne verwendet, da es ausschließlich um das Geringhalten der Ausgabenlast geht und nicht um die Frage, ob durch strafrechtliche Instrumente finanzielle Mittel generiert werden dürfen.

[11] *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 279, 285. KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 4.

[12] *Dittmann*, Wie funktioniert die Erledigung von Strafverfahren?, S. 192, 279; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 281; *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 17; *Nestler*, JA 2012, 88 (95).

nur eine Anwendung der Strafprozessordnung sein können, wird schnell ersichtlich, dass an dem vorgetragenen Apodiktum[13] der gänzlich fehlenden rechtlichen Relevanz fiskalischer Argumente etwas nicht richtig sein kann. Dieser Perplexität zwischen Theorie und Praxis folgend wurde in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Frage nach der Bedeutung des Kostenarguments im Rahmen der gegenwärtigen Diskussion zu geringe Beachtung gefunden hat[14] und nähere Untersuchungen bisher fehlen.[15] Die vorliegende Arbeit soll diesbezüglich erste Abhilfe schaffen, indem die Zulässigkeit und die Reichweite des Kostenarguments im Rahmen strafprozessualer Entscheidungsfindungen austariert werden.

Der Gang der Untersuchung orientiert sich zunächst an der Überlegung, dass sich die Berücksichtigung staatlicherseits entstehender Kosten zulasten verschiedener Verfahrensinteressen in verschiedenen Verfahrensabschnitten auswirken kann. So kann eine Kostenerwägung im Ermittlungsverfahren entweder Nachteile für den Beschuldigten mit sich bringen (2. Teil) oder das Legalitätsprinzip kann in Kostenerwägungen Begrenzungen erfahren (3. Teil). Auch im Hauptverfahren[16] ist es denkbar, dass das staatliche Kosteneinsparungsinteresse zulasten der Rechte des Angeklagten oder des staatlichen Strafverfolgungsinteresses geht (4. Teil). Da die Strafverfolgungsbehörden in sämtlichen Verfahrensabschnitten notwendigerweise nur mit den ihnen seitens des Gesetzgebers zugewiesenen finanziellen Mitteln agieren können, muss auch erörtert werden, was der jeweilige Gesetzgeber in rechtlicher Hinsicht im Mindestmaß zu tun verpflichtet ist (5. Teil). Sodann soll das Augenmerk auf die RiStBV als Werk der Praxis gelenkt werden, um zu klären, ob die dort enthaltenen Bestimmungen in Widerspruch zum Regelungsprogramm der Strafprozessordnung stehen (6. Teil). Die wesentlichen Ergebnisse werden schließlich als Thesen zusammengefasst und münden in einer Schlussbemerkung (7. Teil).

---

[13] So etwa KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 4: „Aus rein fiskalischen Erwägungen darf das Legalitätsprinzip nicht beeinträchtigt werden. Die notwendigen personellen und sachlichen Hilfsmittel sind von der Justizverwaltung zur Verfügung zu stellen und in den Staatshaushalten bereitzustellen."

[14] *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 17.

[15] *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 282,285; fragend nach der Bedeutung des Ressourcenaufwandes als Rechtsargument aus jüngerer Zeit etwa *Rabe*, Verständigungsurteil, S. 104.

[16] Die Untersuchung wird sich bezüglich des Gerichts als Akteur auf solche Entscheidungsfindungen konzentrieren, die regelmäßig im Hauptverfahren erfolgen. Auf das Vollstreckungsverfahren wird im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen, da die Frage, ob und inwieweit strafrechtliche Sanktionen zur Generierung staatlicher Mittel missbraucht werden, bereits anderenorts bearbeitet wurde, siehe dazu die Arbeit von *Frick*, Die Fiskalisierung des Strafverfahrens.

2. Teil: Kostenerwägungen zulasten des Beschuldigten im Rahmen des Ermittlungsverfahrens

A. Kostenerwägungen zulasten der Beschuldigtenrechte im Kontext subsidiärer Ermittlungsmaßnahmen

Untersucht man die raren[17] Vorschriften der StPO, die zur Berücksichtigung von Kostenerwägungen geeignet erscheinen, stößt man auf jene Ermittlungsmaßnahmen, die eine Subsidiaritätsklausel beinhalten. Hinsichtlich der Bedeutung von Kostenerwägungen im Rahmen der strafprozessualen Rechtsanwendung stellen die eine Subsidiaritätsklausel enthaltenden Ermittlungsmaßnahmen schon deshalb ein Spezifikum dar, da es sich – soweit ersichtlich – um den einzigen Problemkreis handelt, in dem der Kommentarliteratur eine solche Erörterungsdichte bezüglich der Berücksichtigung des Kostenaufwandes zu entnehmen ist, dass von einer echten Diskussion gesprochen werden könnte.[18]

I. Subsidiaritätsklauseln im System der Ermittlungsmaßnahmen

Formulierungen in Ermittlungsmaßnahmen wie „wesentlich erschwert" stellen Subsidiaritätsbedingungen dar.[19] Die Funktion solcher Klauseln liegt darin, dass auf die als subsidiär ausgewiesene Maßnahme erst zurückgegriffen werden darf, wenn die

[17] So jedenfalls *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 279, 283. Tatsächlich nennt die StPO den Begriff „Kosten" an immerhin 115 Stellen. Die Formulierung „unverhältnismäßigen Aufwand" wird neunmal genannt.

[18] Zusammenfassend zum Streitstand *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 144 ff.

[19] *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (371); kritisch zu diesem Begriff *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 24.

Durchführung vorrangiger Maßnahmen im konkreten Fall bestimmte Schwierigkeiten verursachen würde.[20] Dies kann etwa der Fall sein, wenn bei der Wahl einer vorrangigen Maßnahme die Sachverhaltsermittlung wesentlich erschwert würde oder sogar gänzlich aussichtslos wäre.[21] Für solche Fälle erlaubt der Gesetzgeber den Rückgriff auf die subsidiäre Maßnahme, was bedeutet, dass bei Vorliegen spezieller Umstände die Wahl der grundrechtsbelastenderen Maßnahme für zulässig erklärt wird.[22] Der Adressat der Maßnahme hat bei Vorliegen der Subsidiaritätsbedingungen eine Maßnahme zu dulden, die stärker in seine Grundrechte eingreift als eine im Grundsatz ebenso in Betracht kommende alternative Maßnahme.[23] Aufgrund dieser nicht zu leugnenden Nähe zu einer verfassungsrechtlichen Erforderlichkeitsprüfung[24] hält die herrschende Meinung die Subsidiaritätsklauseln prima facie folgerichtig für Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.[25]

Die Etablierung solcher Subsidiaritätsklauseln hat im Verlauf der Zeit rasant zugenommen,[26] sodass die mit Subsidiaritätsklauseln versehenen Eingriffsgrundlagen heute ein verästeltes System darstellen, in dem die Gesamtkonzeption kaum noch zu erblicken ist und auch die Rechtsanwendung erheblich verkompliziert wird.[27] Einige Autoren kommen nicht zuletzt aufgrund der semantischen Unbestimmtheit der Subsidiaritätsklauseln sogar zu dem Schluss, sie sollten in Gänze nicht beachtet werden.[28] Der BGH „löst“ dieses Problem, indem er dem Rechtsanwender einen weiten Beurteilungsspielraum in der Frage, ob die Voraussetzungen für die Wahl der

---

20 *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (368): „besondere Zulässigkeitsvoraussetzung für einen strafprozessualen Grundrechtseingriff“.

21 So im Fall des § 100a I 1 Nr. 3 StPO. Andere Vorschriften enthalten anders ausgestaltete Formulierungen. Einen Überblick dazu gibt *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 90 ff.

22 Der Gesetzgeber geht also von der Grundvorstellung aus, die als subsidiär vorgesehene Maßnahme sei im Regelfall die belastendere, dazu *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (378).

23 Diese Aussage ist selbstverständlich nur zutreffend, wenn die übrigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der ergriffenen Maßnahme vorliegen.

24 Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist es dem Erforderlichkeitskriterium vorbehalten, den Vergleich zu weiteren in Betracht kommenden Maßnahmen anzustellen, wohingegen den Kriterien der Geeignetheit und der Angemessenheit ein solches Vorgehen fremd ist. Ähnlich dem Erforderlichkeitskriterium geht es bei der Prüfung einer Subsidiaritätsklausel um die Frage, ob die im Gesetz als subsidiär vorgesehene oder eine andere Ermittlungsmaßnahme zu ergreifen ist.

25 *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 19; *Störmer*, ZStW 108 (1996), 494 (520); *Schroeder*, GA 2005, 73 (74); *Siebrecht*, Rasterfahndung, S. 120 f.; auch die Rechtsprechung hat Subsidiaritätsklauseln zum Zwecke der Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes formuliert, vgl. dazu BGHSt 42, 139 (157); *Zöller*, StraFo 2008, 15 (20) geht noch einen Schritt weiter, indem er Subsidiaritätsklauseln aufgrund der Existenz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als gänzlich überflüssig erachtet.

26 Zur geschichtlichen Entwicklung siehe *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 28 ff.

27 Angesprochen ist damit das Problem sogenannter „Ringverweisungen“, dazu *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 176 ff.; treffend auch die Bezeichnung als „Konkurrenzproblem“ bei *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (386 f.).

28 *Strate*, ZRP 1990, 143 (144): „Wortkram solcher Güte“; SSW-StPO^{4}/*Eschelbach*, § 100a Rn. 14; Blozik, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 238.

als subsidiär vorgesehenen Maßnahme vorliegen, zugesteht.[29] Dass dies im Ergebnis zu einer geringen Kontrollmöglichkeit bezüglich des Vorliegens der jeweiligen Voraussetzungen führt, ist offensichtlich.[30]

Notwendig für den hiesigen Untersuchungsgegenstand ist die Klärung der Frage, ob und bejahendenfalls inwieweit Subsidiaritätsklauseln das Problem der Berücksichtigungsfähigkeit staatlicherseits entstehender Kosten betreffen. Zum Zwecke der Erzielung verallgemeinerungsfähiger Schlüsse soll diese Frage im Folgenden an einer für die Praxis besonders wichtigen Ermittlungsmaßnahme, der Telekommunikationsüberwachung gem. § 100a I StPO, exemplarisch dargestellt werden.[31]

II. Berücksichtigungsfähigkeit des Kostenarguments am Beispiel des § 100a I 1 Nr. 3 StPO

Eine Telekommunikationsüberwachung darf bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen angeordnet werden, wenn „die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre". Der Wortlaut hält folglich mit den Alternativen „aussichtslos" und „wesentlich erschwert" zwei Möglichkeiten bereit, die das Ausweichen auf die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung legitimieren können.

1. Verhältnis der Tatbestandsalternativen

Eine Aussichtslosigkeit im Sinne der Vorschrift wird angenommen, wenn andere Ermittlungsmöglichkeiten gänzlich fehlen oder mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg versprechen.[32] An dieser Definition ist die Formulierung „mit hoher Wahrscheinlichkeit" klarstellungsbedürftig. Bei der Prüfung einer Subsidiaritätsklausel handelt es sich zwangsläufig um eine prognostische Fragestellung,[33] bei der aus erkenntnistheoretischen Gründen keine absolute Gewissheit verlangt werden kann. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine hohe Misserfolgswahrscheinlichkeit zur Bejahung einer Aussichtslosigkeit nicht ausreicht, da anderenfalls eine Abgrenzung der Tatbestandsalternativen in vielen Fällen nicht mehr vorgenommen werden könnte. Zur Annahme einer Aussichtslosigkeit ist deshalb eine praktische Gewissheit bezüglich des Scheiterns anderer Ermittlungsmaßnahmen zu verlangen.[34]

---

29 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGHSt 41, 30 (33); 48, 240 (248); 51, 1 (6); kritisch dazu *Störmer*, ZStW 108 (1996), 494 (519 f.).

30 *Bach*, JURA 2007, 12 (15); *Störmer*, StV 1995, 653 (659); *Schmidt*, NJ 2008, 390 (393); *Bernsmann/Sotelsek*, StV 2004, 113.

31 So auch die Vorgehensweise bei *Rieß*, in: GS Meyer, 367 ff.

32 LR-StPO[27]/Hauck, § 100a Rn. 45.

33 Zu den mit einer Prognose denklogisch verbundenen Ungewissheiten *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 161 mit Verweis auf *Mosbacher*, in: FS Seebode, 227 (241).

34 Ähnlich SSW-StPO[4]/*Eschelbach*, § 100a Rn. 14: „im Einzelfall keine Erfolgsaussicht".

Das Augenmerk dieser Alternative richtet sich ebenso wie bei der Alternative „wesentlich erschwert" zunächst auf den Ermittlungserfolg (Erforschung des Sachverhalts oder Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten), sodass man geneigt sein kann, die Aussichtslosigkeit als rein qualitatives Mehr zur wesentlichen Erschwerung zu begreifen. Der Begriff „Aussichtslosigkeit" impliziert jedoch, dass die Ermittlungsbehörde den angestrebten Ermittlungserfolg nicht anders als auf dem Wege einer Telekommunikationsüberwachung erzielen kann. Der stets vorzunehmende Vergleich mit anderen Maßnahmen beschränkt sich folglich bei der Prüfung der Aussichtslosigkeit auf eine monokriterielle Tatsachenfrage: Besteht im konkreten Fall auch nur eine andere erfolgversprechende Maßnahme, muss das Tatbestandsmerkmal der Aussichtslosigkeit verneint werden. § 100a I 1 Nr. 3 Alt. 2 StPO ist daher nur erfüllt, wenn – um eine zivilrechtliche Terminologie zu bemühen – hinsichtlich der Sachverhaltsaufklärung im Rahmen einer Prognoseentscheidung eine tatsächliche Unmöglichkeit zu bejahen ist.[35]

Anders stellt sich die Ausgangslage im Fall der wesentlichen Erschwernis gem. § 100a I 1 Nr. 3 Alt. 1 StPO dar. Wenn die Erforschung des Sachverhalts nur wesentlich erschwert ist, setzt dies im Ausgangspunkt die Möglichkeit der Aufklärung mit Hilfe der grundsätzlich primär zu ergreifenden Ermittlungsmaßnahme voraus. Der Vergleich mit anderen Maßnahmen[36] gestaltet sich im Rahmen dieser Tatbestandsalternative wesentlich komplizierter, da er sich gerade nicht in der Frage erschöpft, ob eine andere Ermittlungsmaßnahme überhaupt zum Erfolg führen könnte. Dies ist vielmehr nur die Eingangsfrage, die bejaht werden muss, um zur Anwendbarkeit des § 100a I 1 Nr. 3 Alt. 1 StPO zu gelangen. Welche Umstände die Sachverhaltsermittlung wesentlich erschweren, ist nicht von vornherein ersichtlich,[37] bedarf erkennbar der Auslegung und bringt daher auch immer Elemente der Rechtsunsicherheit mit sich. Der sich daraus ergebende erhöhte Begründungsaufwand macht plausibel, warum in der Praxis die Prüfung der Subsidiarität oftmals nicht dokumentiert wird oder sich in der Aussage, andere Ermittlungsmaßnahmen seien nicht erfolgversprechend, also in der formelhaften Bejahung der Aussichtslosigkeit gem. § 100a I 1 Nr. 3 Alt. 2 StPO, erschöpft.[38]

Festzuhalten bleibt insoweit, dass es sich bei den beiden Tatbestandsalternativen des § 100a I 1 Nr. 3 StPO um sich im Ausgangspunkt widersprechende Fälle handelt, sodass zwischen ihnen ein Exklusivitätsverhältnis[39] anzunehmen ist: Sobald die Prüfung im konkreten Einzelfall ergibt, dass dem Grunde nach eine taugliche Alternativmaßnahme zur Verfügung steht, die Sachverhaltsermittlung somit in tatsächlicher Hinsicht möglich ist, kann die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung nur noch auf dem Wege des § 100a I Nr. 3 Alt. 1 StPO zur Rechtmäßigkeit

35 Ähnlich *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (384).
36 *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (437).
37 *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (385).
38 Zur Formelhaftigkeit der Anordnungsbeschlüsse *Kinzig*, StV 2004, 560 (564).
39 Ähnlich *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (371): „voneinander unabhängig".

gelangen. Demzufolge ist die in der Praxis zuweilen anzutreffende Vorgehensweise, welche die Wahl der konkreten Alternative offenlässt (z. B.: „Die Ermittlung des Sachverhalts auf andere Weise ist [. . .] wesentlich erschwert oder aussichtslos, [. . .]")[40] rechtsfehlerhaft, da sie das Exklusivitätsverhältnis zwischen den beiden Tatbestandsalternativen des § 100a I 1 Nr. 3 StPO verkennt.

Für den hiesigen Untersuchungsgegenstand ist die Annahme dieses Exklusivitätsverhältnisses insofern von Bedeutung, als bereits an dieser Stelle entschieden ist, dass die Tatbestandsalternative der Aussichtslosigkeit im Sinne des § 100a I 1 Nr. 3 Alt. 2 StPO dem Staatsanwalt in keinem denkbaren Fall ein Einfallstor für die Berücksichtigung entstehender Kosten bieten kann. Steht im Falle der „Aussichtslosigkeit" eine alternative Maßnahme nicht zur Verfügung, können Kostenerwägungen keine Rolle spielen; selbst eine Alternativmaßnahme, die zur Verursachung exorbitanter, völlig absurder Kosten führt, kann aus den dargelegten grammatischen und systematischen Gründen nicht als aussichtslos deklariert werden.[41]

Ein eigenständiger Bedeutungsgehalt kann Kostenerwägungen im Rahmen des § 100a I 1 Nr. 3 StPO folglich allenfalls im Rahmen des Merkmals „wesentlich erschwert" zukommen.

2. Auslegung des Merkmals „wesentlich erschwert"

Der Frage, ob und inwieweit staatlicherseits entstehende Kosten eine wesentliche Erschwernis gem. § 100a I 1 Nr. 3 Alt. 1 StPO auslösen können, wird überwiegend nur fragmentarisch im Rahmen der einschlägigen Kommentarliteratur nachgegangen.[42] Dass dadurch interessante Fragestellungen grundsätzlicher Art unerörtert bleiben, wird erst durch ein näheres Hinsehen erkennbar.

a) Bedeutungsgehalt der Auslegungsfrage

Die Frage der Auslegung des Merkmals „wesentlich erschwert" erscheint zunächst erörterungsbedürftig, da sie angesichts der eindeutigen Formulierung des Gesetzes die Rechtsanwendung in der Praxis beeinflussen kann. Die praktische Bedeutung ist aber in Anbetracht der erwähnten Umstände zu relativieren: Meistens wird in der Praxis die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung über die Tatbestandsalternative der Aussichtslosigkeit gem. § 100a I 1 Nr. 3 Alt. 2 StPO gewählt[43] und zusätzlich entschärft der BGH die Problematik, indem er dem Rechtsanwender

---

40 Beispiel bei *Kinzig*, StV 2004, 560 (564).

41 Dieser Schluss ist auf alle Tatbestandsalternativen solcher Ermittlungsmaßnahmen übertragbar, die im Rahmen einer Subsidiaritätsklausel auf das Kriterium der Aussichtslosigkeit abstellen.

42 Ausführlicher zur Thematik *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 146 ff. In der Kommentarliteratur wird regelmäßig nur das jeweils vertretene Ergebnis genannt, siehe dazu sogleich unter A. II. 2. b).

43 *Kinzig*, StV 2004, 560 (564).

einen Beurteilungsspielraum[44] gewährt. Dass die Ausführungen zur Auslegung des Merkmals im Bereich der Kommentarliteratur äußerst knapp ausfallen, erscheint vor diesem Hintergrund nur folgerichtig.

Durch eine zu apodiktisch vorgenommene Betrachtung bleibt jedoch unberücksichtigt, dass gerade das Problem, ob der staatlicherseits entstehende Kostenaufwand zur Bejahung einer wesentlichen Erschwernis führen darf, grundlegende Fragen aufwirft. Der Wortlaut rückt es zunächst in den Bereich des Möglichen, dass der staatliche Kostenaufwand zur Bejahung des Merkmals „wesentlich erschwert" führen kann, sodass das Interesse des Staates an der Schonung seiner Finanzen mitentscheidend für die Wahl der als subsidiär vorgesehenen Maßnahme wäre. Lässt man eine solche Auslegung zu, so geht damit eine Anerkennung der Maßgabe einher, dass im Strafprozessrecht unter bestimmten Umständen finanzielle Interessen des Staates grundrechtliche Positionen des Betroffenen zum Zurücktreten zwingen können. Das Kosteneinsparungsinteresse des Staates verliehe dann dem schwereren Grundrechtseingriff die Legitimationswirkung. Dies ruft ein intuitives Unbehagen hervor, da die gegenläufige These, die Grundrechtsverwirklichung dürfe nicht von finanziellen Rahmenbedingungen abhängen,[45] auf den ersten Blick zustimmungsfähig erscheint. Des Weiteren greift die Frage der Zulässigkeit der Berücksichtigung staatlicherseits entstehender Kosten den generellen, äußerst kontrovers und leidenschaftlich geführten Diskurs im Strafprozessrecht über die fortschreitende Ökonomisierung des Strafprozesses auf.[46] Ein Erkenntnisgewinn für diesen Diskurs ist zu erwarten, da Subsidiaritätsklauseln die Möglichkeit eröffnen, die Kostenberücksichtigung als Kriterium in der Rechtsauslegung zu diskutieren. Anders als bei den meist im Fokus stehenden Instrumenten der Verfahrensvereinfachung gibt es hier ein konkretes Tatbestandsmerkmal, anhand dessen sich prüfen lässt, ob die Argumentation mit staatlicherseits entstehenden Kosten im Strafprozessrecht legitim ist.

Dass schließlich Grundsatzfragen in Form übergeordneter verfassungsrechtlicher Wertungen bei der Auslegung von Subsidiaritätsbedingungen eine Rolle spielen könnten, lässt sich aufgrund der bereits erwähnten herrschenden Meinung, die in Subsidiaritätsklauseln Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erblickt,[47] erahnen.

---

[44] Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGHSt 41, 30 (33); 48, 240 (248); 51, 1 (6).

[45] Sehr plastisch insoweit die Formulierung in AK-StPO/Maiwald, § 100a Rn. 8, wonach der immaterielle Wert des Schutzes der Privatsphäre kein Gegenstand eines „Geldhandels" sein dürfe.

[46] Zu den jüngsten gesetzgeberischen Bemühungen *Claus*, NStZ 2020, 57 ff.

[47] BGHSt 42, 139 (157); *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 19; *Störmer*, ZStW 108 (1996), 494 (520); *Schroeder*, GA 2005, 73 (74); *Siebrecht*, Rasterfahndung, S. 120 f.

b) Meinungsstand zur Auslegung der Formulierung „wesentlich erschwert“

Das Meinungsbild zur Auslegung der Formulierung „wesentlich erschwert“ lässt sich in erster Linie anhand der einschlägigen Kommentarliteratur beurteilen.[48] Zu diesem Zweck soll im Folgenden die Auffassung ausgewählter Autoren dargestellt werden, damit die Bandbreite an vertretenen Meinungen erkennbar wird. Die Darstellung der Meinungen erfolgt entlang der Auslegungsweite, beginnend mit den tendenziell engsten Auffassungen:[49]

aa) Ellen Schlüchter

Schlüchter vertritt eine sehr restriktive Auffassung, indem sie als wesentliche Erschwerung ausschließlich einen unverhältnismäßig großen Zeitaufwand anerkennen will. Ein wesentlich größerer Arbeitsaufwand sei dagegen nicht berücksichtigungsfähig. Die Berücksichtigung eines größeren Kostenaufwandes lehnt sie per se ab.[50]

bb) Peter Rieß

Rieß sieht dies ähnlich, indem er die Berücksichtigung des Zeitaufwandes für plausibel hält und zugleich meint, der Ermittlungsaufwand[51] könne nicht entscheidend sein.[52] Letzteres führt er darauf zurück, dass der Gesetzeswortlaut an dieser Stelle nicht wie anderenorts[53] von einem „unverhältnismäßigen Aufwand“ spreche.[54] Zum Kostenaufwand bezieht *Rieß* nicht Stellung, was nur so verstanden werden kann, dass er dessen Berücksichtigung für undenkbar hält.

cc) Hans-Joachim Rudolphi

Auch *Rudolphi* positioniert sich bei der Frage der Berücksichtigungsfähigkeit sowohl bezüglich besonders hoher Kosten als auch hinsichtlich eines besonders hohen Arbeitsaufwandes sehr deutlich, indem er klarstellt, dass solche Erwägungen die An-

---

48 Gleichwohl berücksichtigt die folgende Analyse auch ausgewählte Stimmen aus dem sonstigen Schrifttum.

49 Gängig ist eine geordnete Darstellung nach den verschiedenen Aufwandsarten (Zeitaufwand, Arbeitsaufwand, Kostenaufwand). Eine solche Vorgehensweise unterstellt, dass die Differenzierung dieser Aufwandsarten sachgerecht ist. Diese These soll hier nicht unbedarft als zutreffend übernommen werden.

50 Zum Vorstehenden *Schlüchter*, Das Strafverfahren, S. 297.

51 Dies dürfte jenes Kriterium meinen, bezüglich dessen die anderen Autoren vom „Arbeitsaufwand“ sprechen.

52 *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (385).

53 So etwa in § 98a III 1 StPO.

54 *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (385).

ordnung einer Telefonüberwachung „niemals rechtfertigen“ könnten.[55] Zum Zeitaufwand nimmt *Rudolphi* nicht explizit Stellung. Vielmehr hält er die Erfolgsaussichten der Vergleichsmaßnahme für den einzig entscheidenden Gesichtspunkt.[56]

dd) Marcus Köhler

Köhler geht einen Schritt weiter, indem er erstens den größeren Zeitaufwand unter dem Gesichtspunkt der wesentlichen Verfahrensverzögerung anerkennt.[57] Zweitens hält er auch den größeren Arbeitsaufwand für berücksichtigungsfähig. Dies soll möglich sein, wenn der Arbeitsaufwand so umfangreich ist, dass er die Interessen des Grundrechtsträgers eindeutig überwiegt. Hinsichtlich des Kostenaufwandes ist sich *Köhler* mit *Schlüchter* einig, indem er diesen für nicht berücksichtigungsfähig erachtet.[58]

ee) Michael Bruns

Eine im Ergebnis ähnliche Auffassung vertritt *Bruns*. Einen höheren Zeitaufwand hält auch er mit dem Argument der sonst drohenden unvertretbaren Verzögerung der Aufklärung einer Straftat für berücksichtigungsfähig.[59] Ebenso könne ein unvertretbarer Arbeitsaufwand, der zur Vernachlässigung anderer Verfahren führe, die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung zumindest stützen. Wie *Köhler* zieht *Bruns* die Trennlinie bei den Kostengesichtspunkten. Diese seien für sich gesehen nicht geeignet, die Maßnahme zu rechtfertigen.[60]

ff) Ralf Eschelbach

Eschelbach bejaht ebenfalls die wesentliche Erschwerung, wenn andere Ermittlungsmaßnahmen zeitlich erheblich aufwendiger wären.[61] Einen größeren Arbeitsaufwand und damit verbundene Kosten will *Eschelbach* im Allgemeinen nicht als entscheidenden Faktor anerkennen. Eine Ausnahme sei jedoch zu machen, wenn der Aufwand und die damit verbundenen Kosten gänzlich unvertretbar erscheinen.[62]

---

55 *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (437).

56 *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (436 f.). Die Auffassung verfolgt einen eigenen methodischen Ansatz und führt zu restriktiven Ergebnissen, da *Rudolphi* a. a. O. meint, die subsidiäre Maßnahme müsse im konkreten Fall die allein geeignete sein.

57 Meyer-Goßner-StPO[63]/*Köhler*, § 100a Rn. 13.

58 Zum Vorstehenden Meyer-Goßner-StPO[63]/*Köhler*, § 100a Rn. 13.

59 KK-StPO[8]/Bruns, § 100a Rn. 31.

60 Zum Vorstehenden KK-StPO[8]/Bruns, § 100a Rn. 31.

61 SSW-StPO[4]/*Eschelbach*, § 100a Rn. 14.

62 Zum Vorstehenden SSW-StPO[4]/*Eschelbach*, § 100a Rn. 14.

gg) Pierre Hauck

Hauck äußert sich als einer von wenigen Autoren etwas umfangreicher zur Problematik. Wenig überraschend sieht er einen erheblich höheren Zeitaufwand als taugliches Kriterium an.[63] Einen erheblich größeren Arbeitsaufwand erkennt er ähnlich wie *Eschelbach* an, sofern sich dieser als unvertretbar erweist. Dafür benennt er als Kriterium der Vertretbarkeit die Frage, ob der Arbeitsaufwand für die andere in Betracht kommende Maßnahme derart hoch sei, dass das Interesse an der Strafverfolgung dasjenige des Betroffenen an der Erhaltung seines Grundrechts eindeutig überwiegt. Hinsichtlich des Kostenaufwandes zeigt sich *Hauck* ebenfalls mit *Eschelbach* auf einer Linie. Diesbezüglich stellt er darauf ab, ob der Kostenaufwand die Möglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden im Einzelfall sprengt.[64]

hh) Jürgen Welp

Welp erachtet sowohl den erheblich größeren Zeit- als auch den entsprechenden Arbeitsaufwand als zulässiges Kriterium.[65] Er stellt hierzu klar, dass dies auch dann gelte, wenn durch den entsprechenden Zeit- und Arbeitsaufwand die Erfolgsaussichten für eine Aufklärung der Tat im Übrigen nicht vermindert werden. Darüber hinaus sei die Auffassung, der Kostenaufwand dürfe keine Rolle spielen, in dieser Allgemeinheit unzutreffend.[66] Diese These wird sodann jedoch nicht weiter expliziert.

ii) Karl Wienroeder

Wienroeders Meinung hinsichtlich der Berücksichtigungsfähigkeit des Zeit- und Arbeitsaufwandes entspricht derjenigen von *Köhler*.[67] Hinsichtlich des Kostenaufwandes entscheidet sich *Wienroeder* jedoch anders, indem er darauf hinweist, dass „der zur Verfügung stehende Finanzrahmen den Strafverfolgungsbehörden aus übergeordneten Gründen vorgegeben ist“[68]. Ein zu intensiver Kosteneinsatz in einem bestimmten Verfahren müsse daher die Aufgabenerfüllung „in weiteren wesentlichen Bereichen“ infrage stellen.[69]

---

[63] LR-StPO[27]/Hauck, § 100a Rn. 45.

[64] Zum Vorstehenden LR-StPO[27]/Hauck, § 100a Rn. 45; identisch schon LR-StPO[25]/Schäfer, § 100a Rn. 43.

[65] *Welp*, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, S. 67 Fn. 106.

[66] Zum Vorstehenden *Welp*, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, S. 67 Fn. 106.

[67] Franke/Wienroeder-BtMG[3]/*Wienroeder*, Teil II, § 110a Rn. 56.

[68] Franke/Wienroeder-BtMG[3]/*Wienroeder*, Teil II, § 110a Rn. 56.

[69] Franke/Wienroeder-BtMG[3]/*Wienroeder*, Teil II, § 110a Rn. 56.

c) Analyse des Meinungsstandes

Dem Meinungsstand ist zu entnehmen, dass Auslegungsprobleme bezüglich dreier verschiedener Aspekte zu bestehen scheinen: hinsichtlich des Zeitaufwandes, des Arbeitsaufwandes und des Kostenaufwandes. Die nahezu durchgängige Abarbeitung dieser drei Aspekte im Schrifttum ist auf die Gesetzesbegründung zurückzuführen,[70] da diese ebenfalls davon ausgeht, dass eine wesentliche Erschwernis immer mit dem Zeit-, Arbeits- oder Kostenaufwand in Zusammenhang steht.[71] Einen in methodischer Hinsicht anderen Ansatz wählt lediglich *Rudolphi*, der sich jedoch mit dem ausschließlichen Vergleich der Erfolgsaussichten der in Betracht zu ziehenden Maßnahmen zu weit von der Gesetzesbegründung entfernt.[72]

Die folgende Analyse darf sich nicht auf den Kostenaufwand im engeren Sinn beschränken, da bereits ohne tiefgreifende Überlegungen ersichtlich ist, dass der Zeit- und Arbeitsaufwand die ermittelnden Beamten betreffen und sich deshalb hinsichtlich staatlicherseits entstehender Kosten keineswegs neutral verhalten. Mit anderen Worten: Unzweifelhaft „kostet“ den Staat auch der Zeit- und Arbeitsaufwand finanzielle Ressourcen. Eingedenk dieses Umstandes bietet es sich an, die jeweiligen Argumentationslinien zum Zeit- und Arbeitsaufwand nachzuvollziehen und zu überlegen, ob dort genannte Argumente auf die Frage der Berücksichtigung des Kostenaufwandes übertragen werden können.

aa) Zeitaufwand

In Anbetracht der Vielzahl der bisher genannten Autoren ist es als allgemeine Meinung anzusehen, dass ein erhöhter Zeitaufwand eine wesentliche Erschwerung darstellen kann.[73] Dies ist zutreffend, da es ohne Weiteres einleuchtet, dass ein Mehr an Zeitaufwand die Ermittlungen erschwert. Hinsichtlich der jeweiligen Begründungen gibt es dann aber durchaus Unterschiede, die sich für den hiesigen Untersuchungsgegenstand als relevant erweisen.

(1) Auf das jeweilige Verfahren beschränkte Auslegung

So erkennt *Köhler* den Zeitaufwand als wesentliche Erschwernis unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensverzögerung an.[74] Wenn er die „Benutzung anderer Aufklärungsmittel“[75] anspricht, gibt dies zu erkennen, dass er das jeweils betroffene Verfahren in den Blick nimmt, sodass diese Argumentation vor allem auf Aspekte des

---

70 *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 144.

71 Vgl. dazu BT-Drucks. V/1880, S. 12.

72 Die Auffassung ist des Weiteren kaum mit dem Exklusivitätsverhältnis der Tatbestandsalternativen in Einklang zu bringen. Aus diesen Gründen wird dem genannten Ansatz im Folgenden nicht weiter nachgegangen.

73 Weitere Nachweise: *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (221); HK-StPO[6]/*Gercke*, vor §§ 94ff Rn. 16; KMR-StPO[91]/Bär, § 100a Rn. 24.

74 Meyer-Goßner-StPO[63]/*Köhler*, § 100a Rn. 13.

75 Meyer-Goßner-StPO[63]/*Köhler*, § 100a Rn. 13.

Beschleunigungsgrundsatzes[76] abzuzielen scheint. Die Argumentation erfolgt nicht anlässlich anderer Verfahren, deren Vernachlässigung eventuell droht. In erster Linie geht es *Köhler* daher wohl nicht um eine Bewältigung der insgesamt anfallenden Verfahrenslast. Diese Auslegung ist unter dem Gesichtspunkt der grammatischen Auslegung nicht zu beanstanden, da der Wortlaut ebenfalls den Ermittlungserfolg im konkret betroffenen Verfahren in den Blick nimmt.

(2) Andere Verfahren miteinbeziehende Auslegung

Ein weiterer Teil der Autoren schweigt sich über die Begründung aus und stellt nur fest, dass ein unverhältnismäßig hoher Zeitaufwand eine wesentliche Erschwerung darstellen kann.[77] *Welp* hingegen trifft insoweit eine wichtige Klarstellung: Er betont, dass der Zeitaufwand auch dann zu berücksichtigen sei, wenn „hierdurch die Erfolgsaussichten für eine Aufklärung der Tat im Übrigen nicht vermindert werden".[78]

Dieser in der Argumentation *Köhlers* dergestalt nicht erkennbare Aspekt ist genauer zu beleuchten. Zwar findet auch die Auslegung *Welps* ihren Ausgangspunkt im jeweils betroffenen Verfahren. Jedoch geht die Zielrichtung weiter: Wenn durch den erhöhten Zeitaufwand die Aufklärung der Tat in keiner Weise bedroht wird, dann bleibt für diesen Fall als Telos der Norm nur übrig, dass durch den erhöhten Zeitaufwand die Bearbeitung anderer Verfahren nicht blockiert werden soll. Zu bedenken ist namentlich, dass ein zusätzlicher zeitlicher Aufwand in dem einen Verfahren in anderen Verfahren zu spürbaren Konsequenzen führt, weil der Zeitaufwand nicht grenzenlos nach oben erweitert werden kann, sondern ein Gut endlicher Größe ist. Ein Staatsanwalt hat ebenso wie die im Bereich der Strafverfolgung tätigen Polizeikräfte in Anbetracht der gegenwärtigen Personalausstattung keinen „Leerlauf". Kann im einschlägigen Verfahren durch die Wahl einer subsidiären Maßnahme Zeit eingespart werden, macht sich dies bei der Bearbeitung der weiteren anfallenden Verfahren positiv bemerkbar. Wer also den Zeitaufwand in einem konkreten Verfahren unabhängig von einer drohenden Gefährdung des Ermittlungserfolges anerkennt, tut dies im Endeffekt zum Schutz der anderen zu bearbeitenden Verfahren.

Deplatziert erscheint es hingegen, den in Art. 6 I 1 EMRK normierten Beschleunigungsgrundsatz in seiner für den Beschuldigten streitenden Funktion zur Begründung der Auffassung *Welps* heranzuziehen. Die Beschleunigung des Verfahrens würde hier die Rechte des Beschuldigten verkürzen, indem die Wahl der grundrechtsbelastenderen Ermittlungsmaßnahme legitimiert wird. Den Beschuldigten vor seinen eigenen Rechten zu „schützen", stellt kein legitimes Anliegen des Beschleunigungsgrundsatzes dar.

---

[76] Ähnlich *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (384): „Postulat der schleunigen Ermittlung".

[77] KK-StPO[8]/Bruns, § 100a Rn. 31.

[78] *Welp*, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, S. 67 Fn. 106. Diesem Verständnis folgend wohl auch SSW-StPO[4]/*Eschelbach*, § 100a Rn. 14.

Folglich stehen zwei Wege für das Auslegungsverständnis zur Verfügung: Man kann einerseits den Sinn und Zweck des Tatbestandsmerkmals „wesentlich erschwert“ alleine im Schutz des Ablaufes des konkret betroffenen Verfahrens sehen.[79] Dann müsste man konsequenterweise vertreten, die Sachverhaltsermittlung gelte nur dann wegen eines zu hohen Zeitaufwandes als wesentlich erschwert, wenn der erhöhte Zeitaufwand die Gefahr eines Aufklärungsmittelverlusts befürchten lasse.[80] Andererseits kann man das Telos der Norm ebenfalls auf die Gewährleistung der Bewältigung weiterer anfallender Verfahren erweitern.

Vorzugswürdig ist die letztgenannte Auslegungsmöglichkeit, die auch die anderen anfallenden Verfahren miteinbezieht. Der Wortlaut ist zwar zunächst auf das betroffene Verfahren beschränkt, da nur die Erschwernis bezüglich des konkreten Ermittlungserfolges gemeint sein kann. Allerdings darf das Kriterium der Erschwernis nicht vorschnell mit der Gefährdung des Ermittlungserfolges vermengt werden. Ein solches Verständnis würde der Bedeutung des Wortes „Erschwernis“ nicht gerecht, da es sich um ein Synonym für „Hindernis, das Mühe bereitet“ handelt.[81] Die Sachverhaltsermittlung kann auch erschwert sein, obwohl der Ermittlungserfolg nicht gefährdet erscheint. Längerdauernde Ermittlungen führen häufig, aber nicht zwangsläufig zu einem schlechteren Beweisergebnis.

In systematischer Hinsicht liefe eine allein das betroffene Verfahren berücksichtigende Auslegung zudem darauf hinaus, dass das Merkmal „wesentlich erschwert“ als qualitatives Minus zur Alternative „aussichtslos“ verstanden werden könnte. Dies mag zunächst wertungsmäßig stimmig sein, da es mit Blick auf die Grundrechte des Adressaten der Maßnahme begrüßenswert erscheint, dass die wesentliche Erschwerung einer Aussichtslosigkeit qualitativ zumindest nahekommen muss. Dieser Weg ist aber aus den bereits oben aufgeführten Argumenten[82] zum Exklusivitätsverhältnis der beiden Tatbestandsalternativen verfehlt: Die Alternativen gehen von grundverschiedenen Konstellationen aus, nämlich die Aussichtslosigkeit von der prognostisch gewissen Unmöglichkeit der Aufklärung durch mildere Maßnahmen und die wesentliche Erschwerung von der prognostisch bestehenden Möglichkeit entsprechender Maßnahmen. Die Tatbestandsalternativen unterscheiden sich somit nicht zuletzt dadurch, dass im Rahmen der „Aussichtslosigkeit“ in der Tat nur das betroffene Verfahren in den Blick genommen wird, wohingegen die Tatbestandsalternative „wesentliche Erschwernis“ zumindest auch mit Hinblick auf solche Erwägungen, die sich im einschlägigen Verfahren nicht erschöpfen, eine Existenzberechtigung hat.

---

[79] So auch offensichtlich *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (436 f.).

[80] So etwa *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (437); *Schlüchter*, Das Strafverfahren, S. 297.

[81] *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 144 mit Verweis auf den entsprechenden Stichworteintrag im Duden.

[82] Siehe oben A. II. 1.

(3) Ergebnis und Übertragbarkeit auf andere Subsidiaritätsklauseln

Die Anerkennung des Zeitaufwandes als wesentliche Erschwernis erfüllt deshalb richtigerweise zwei Funktionen: Erstens soll der Aufklärungserfolg des betroffenen Verfahrens durch einen erhöhten Zeitaufwand nicht gefährdet werden. Zweitens ist die Funktion des Merkmals „wesentlich erschwert", dass die Bearbeitung anderer Verfahren nicht unnötig blockiert wird. Das Telos der Vorschrift liegt in solchen Konstellationen im Schutz anderer Verfahren.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass dieses Auslegungsverständnis auch auf anders formulierte Subsidiaritätsklauseln übertragbar ist. Neben der hier untersuchten Formulierung „wesentlich erschwert oder aussichtslos" kennt die StPO die Formulierungen „weniger erfolgversprechend oder erschwert"[83], „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert"[84], „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos"[85] und „aussichtslos"[86]. Nur die Formulierungen „weniger erfolgversprechend", „erheblich weniger erfolgversprechend" und „aussichtslos" sind ausschließlich auf den Ermittlungserfolg im betroffenen Verfahren ausgerichtet. Die anderen Formulierungen bestätigen bereits ihrem eindeutigen Wortlaut nach die These, dass die subsidiäre Maßnahme nicht nur bei Gefährdung des Ermittlungserfolges ergriffen werden darf. Die jeweilige Gegenüberstellung bei den Formulierungen „weniger erfolgversprechend oder erschwert" und „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert" würde anderenfalls keinen Sinn ergeben.[87]

Die bisher wesentlichste Feststellung, die es in Erinnerung zu behalten gilt, besteht also in der Erkenntnis, dass ein Zweck von Subsidiaritätsklauseln in der Bewältigung der anfallenden Verfahren in ihrer Gesamtheit zu erblicken ist.

bb) Arbeitsaufwand

Es erscheint mehr oder weniger überraschend, dass es durchaus umstritten ist, ob der Arbeitsaufwand eine wesentliche Erschwernis darstellen kann. Im Ausgangspunkt ist wohl die Auffassung vertretbar, ein erhöhter Arbeitsaufwand der ermittelnden Beamten dürfe im Ergebnis nicht dazu führen, dass der Betroffene eine seine Grundrechte stärker einschneidende Maßnahme erdulden muss.[88] Allerdings weckt es Bedenken, wenn diese Auffassung zum Teil von denselben Autoren geteilt wird, die den Zeitaufwand für berücksichtigungsfähig halten.[89]

---

[83] So in § 100h I 1 Nr. 2 StPO. Dort kann das Tatbestandsmerkmal „weniger erfolgversprechend" nur mit Hinblick auf eine Gefährdung des Ermittlungserfolgs ausgelegt werden.
[84] So beispielsweise in § 98a I 2 StPO.
[85] So in § 100c I Nr. 4 StPO.
[86] So beispielsweise in § 110a I 4 StPO.
[87] Zutreffend *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (385).
[88] So etwa *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (385); *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (437).
[89] So etwa *Schlüchter*, Das Strafverfahren, S. 297.

(1) Begriffsprobleme

Blozik weist zunächst zutreffend darauf hin, dass sich an dieser Stelle ein definitorisches Problem stellt.[90] Wenn in der Literatur von „Arbeitsaufwand" gesprochen und der Begriff „Zeitaufwand" als Gegensatz dazu verwendet wird, so verbleiben für den Arbeitsaufwand nur zwei mögliche Bedeutungen: Entweder ist mit Arbeitsaufwand die Arbeitsanstrengung des ermittelnden Beamten oder der Einsatz von mehr Personal gemeint. Ersteres kann schwerlich gemeint sein, da dies auf eine Betrachtung hinausliefe, nach welcher der ermittelnde Beamte innerhalb eines identischen Zeitkorridors zuweilen mehr und zuweilen weniger Aufwand betreibt. Von einer solchen Vorstellung darf im Rahmen der Gesetzesauslegung nicht ausgegangen werden. Zugrunde zu legen ist eine abstrakt-generelle Betrachtung, nach welcher der ermittelnde Beamte konstant seiner Tätigkeit nachgeht. Ein Spielraum, um die Produktivität nach oben zu korrigieren, besteht in diesem Modell nicht.

Deshalb kann mit „Arbeitsaufwand" nur der Einsatz von mehr Personal für das jeweilige Verfahren gemeint sein, sodass richtigerweise vom Personalaufwand zu sprechen ist. Zutreffend können somit zwei Darstellungsmöglichkeiten sein: Man kann den Zeitaufwand und den Personalaufwand getrennt beurteilen oder diese beiden Kategorien unter dem Begriff Arbeitsaufwand zusammenfassen.[91] Die in der Literatur vorzufindende Differenzierung zwischen Zeitaufwand und Arbeitsaufwand überzeugt demzufolge nicht. An diesem Beispiel zeigt sich, dass zumindest die Berücksichtigung von Grundbegriffen der Ökonomie seitens der Rechtswissenschaft nicht zwingend schädlich sein muss und die Integrität des juristischen Diskurses nicht automatisch in Zweifel zieht.[92] So würde im hier erörterten Zusammenhang die Berücksichtigung ökonomischer Grundbegriffe den Rationalitätsanspruch des juristischen Diskurses untermauern.[93]

(2) Personalaufwand als wesentliche Erschwernis

Die Diskussion ist daher unter dem Gesichtspunkt des etwaig erhöhten Personalaufwandes zu führen. Insoweit ist zur Gemengelage beim Zeitaufwand kein Unterschied zu erkennen, der eine abweichende Behandlung rechtfertigt. Als richtige Bezugsgröße ist nicht der einzelne Beamte heranzuziehen, sondern die gesamte jeweilige Arbeitseinheit/Abteilung. Ob das Verfahren bewältigt wird, indem mehr Beamte in die Ermittlung eingeschaltet werden oder eine geringere Zahl Beamter mehr Arbeitszeit auf das entsprechende Verfahren verwendet, ist unerheblich. Jeweils resultiert daraus, dass andere Verfahren nicht in gleicher Intensität bearbeitet werden können, weil das Personal an anderer Stelle gebunden ist. Diesem Umstand entgegenzuwirken ist gerade Sinn und Zweck des Merkmals der wesentlichen Erschwerung.

---

90 *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 146.

91 Zutreffend *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 146.

92 In diese Richtung beispielsweise bereits *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213 (221).

93 Zutreffend zum Rationalitätsanspruch *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 68.

(3) Erfordernis der drohenden Verzögerung anderer Verfahren als zusätzliches Kriterium

Wenn man erkennt, dass ein seitens des Gesetzgebers verfolgter Zweck beim Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Erschwernis zumindest auch im Schutz anderer Verfahren besteht, bleibt noch eine bisher ausgesparte Frage offen. Weiter zu klären ist dann, welche Voraussetzungen bezüglich des Personalaufwandes zu verlangen sind, damit der Rechtsanwender diesen als wesentliche Erschwernis bejahen darf.[94] Diesbezüglich werden im Wesentlichen drei Möglichkeiten vorgeschlagen, von denen eine hinsichtlich ihrer Grundidee vollends, jedoch nicht mit Blick auf das Gesetz überzeugt. Gemeint ist die Auffassung *Haucks*, im Falle der Berücksichtigung des Arbeitsaufwandes müsse das Interesse an der Strafverfolgung das Interesse des Betroffenen an der Erhaltung seines Grundrechts eindeutig überwiegen.[95] Dem kann nicht zugestimmt werden, weil nach dem eindeutigen Wortlaut eine Abwägung mit den Grundrechten des Betroffenen im Rahmen der Prüfung einer Subsidiaritätsklausel nicht stattfindet.[96] Sodann kann man einerseits mit *Blozik* einen generalisierenden Maßstab anlegen und die wesentliche Erschwernis immer ab einem x-fachen Personalaufwand bejahen.[97] Andererseits wird von *Bruns* als zusätzliches Kriterium vorgeschlagen, der Arbeitsaufwand müsse derart ins Gewicht fallen, dass er zur Vernachlässigung anderer Verfahren führt.[98] Dieser Meinungsstreit ist dogmatisch bedeutsam, da das von *Bruns* zusätzlich eingeführte Kriterium erkennbar auf die Einbeziehung verfahrensfremder Belange abzielt. In praktischer Hinsicht dürfte es sich hingegen um eine weitestgehend unbedeutende Fragestellung handeln, da in Fortsetzung der obigen Argumentation[99] gilt: Bei der Arbeit der Strafverfolgungsbehörden kommt praktisch kein „Leerlauf" vor, sodass die Verwendung von mehr Personal in einem Verfahren zur späteren Bearbeitung beziehungsweise zur Vernachlässigung anderer Verfahren führt. Das von *Bruns* verlangte zusätzliche Kriterium wird sich daher nahezu immer bejahen lassen.

Für die Auffassung *Bloziks* spricht der Wortlaut, der kein zusätzliches Kriterium vorsieht und nur das einschlägige Verfahren als Gradmesser nennt. Auch die Gesetzesbegründung scheint für die Annahme, dass es auf ein zusätzliches Kriterium nicht ankommt, zu sprechen. Die einschlägige Stelle der Gesetzesbegründung lautet wie folgt:

---

94 Dieses Problem wird in der Kommentarliteratur unter dem Gesichtspunkt des Arbeitsaufwandes erörtert. Es stellt sich aber ebenso bezüglich des Zeit- und Kostenaufwands.

95 LR-StPO[27]/Hauck, § 100a Rn. 45.

96 Insoweit zutreffend *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 150. Zu einer näheren Begründung, warum der Grundrechtsschutz im Rahmen der Prüfung einer Subsidiaritätsklausel keine Rolle spielen darf, siehe unten A. II. 2. c) cc) (4) (a).

97 *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S.150 f. schlägt beispielsweise den jeweils doppelten Aufwand vor.

98 KK-StPO[8]/Bruns, § 100a Rn. 31.

99 Siehe zum Zeitaufwand oben A. II. 2. c) aa) (2).

> „Eine weitere, rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechende Beschränkung für die Überwachung des Fernmeldeverkehrs liegt darin, daß diese Maßnahmen subsidiärer Natur sind und nicht angeordnet werden dürfen, wenn die Sachaufklärung auch auf anderem Wege, etwa durch eine Auskunft nach § 12 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen, ohne unverhältnismäßig größeren Arbeits-, Zeit- oder Kostenaufwand möglich ist. Erst wenn andere Wege der Sachaufklärung fehlen oder nur unter erheblich größeren Schwierigkeiten gangbar wären, ist die Überwachung des Fernmeldeverkehrs zulässig."[100]

Die Gesetzesbegründung verlangt zunächst in keiner Weise, dass die wesentliche Erschwernis zwingend mit einem drohenden Beweismittelverlust einhergehen muss, noch wird die Verzögerung anderer Verfahren zur Voraussetzung erhoben.[101] Das Wort „unverhältnismäßig" deutet vielmehr an, dass das Ergreifen der als subsidiär vorgesehenen Maßnahme schon dann möglich sein soll, wenn die weiterhin in Betracht kommende Alternative einen außergewöhnlich hohen Aufwand erfordert. Zu beachten ist jedoch, dass die Gesetzesbegründung „rechtsstaatlichen Grundsätzen"[102] entsprechen will und muss. Letzteren genügt aber nur die Auffassung, die die Berücksichtigung des Personalaufwandes von der sonst drohenden Vernachlässigung anderer Verfahren abhängig macht. Wenn weder ein Beweismittelverlust im betroffenen Verfahren noch die Vernachlässigung anderer Verfahren droht, besteht keine sachliche Rechtfertigung für das Ausweichen auf die Telekommunikationsüberwachung. Der bloße Umstand, dass der Staat für ein bestimmtes Verfahren einen erhöhten Personalaufwand betreiben muss, ist zur Legitimation eines Grundrechtseingriffs ungeeignet. Eine Legitimationswirkung kann erst aus der Erkenntnis entstehen, dass das eingesetzte Personal an anderer Stelle fehlen würde.[103] Ohne das Vorliegen der letztgenannten Bedingung wird der gesetzgeberische Wille, demzufolge die subsidiäre Maßnahme nur in besonderen Konstellationen angeordnet werden soll,[104] verfehlt, sodass nicht einzusehen ist, warum der Betroffene die grundrechtsbelastendere Maßnahme dulden müssen sollte. Daran ändert auch *Bloziks* Argument, nach der Gegenauffassung[105] hänge die Zulässigkeit der subsidiären Maßnahme von der jeweiligen Auslastung der Ermittlungsbehörde und somit letztlich vom Zufall ab,[106] nichts. Die gesamte Diskussion über einen unverhältnismäßig hohen

---

[100] BT-Drucks. V/1880, S. 12.

[101] Das zusätzliche Kriterium einer drohenden Vernachlässigung anderer Verfahren wird in der Kommentarliteratur unter dem Gesichtspunkt des Arbeits- beziehungsweise Personalaufwandes angesprochen. Für den bereits erörterten Zeitaufwand gilt jedoch nichts anderes.

[102] BT-Drucks. V/1880, S. 12.

[103] Auf die verfassungsrechtlichen Hintergründe dieser These wird unter C. II. 1. näher eingegangen.

[104] Vgl. dazu BT-Drucks. V/1880, S. 12: „Eine weitere, rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechende Beschränkung […]".

[105] *Blozik* zielt damit auf die Auffassung von KK-StPO[6]/Nack, § 100a Rn. 35 ab. Diese entspricht der von KK-StPO[8]/Bruns, § 100a Rn. 31.

[106] *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 150.

Zeit,- Arbeits- oder Kostenaufwand im Rahmen der wesentlichen Erschwernis hat ihren Ausgangspunkt gerade in der Überlegung, dass die vorhandenen Mittel auf die Bewältigung aller Verfahren verteilt werden müssen, weil die personelle Ausstattung zu einer als optimal gedachten Aufgabenerfüllung nicht ausreicht. Kurzum: Die Frage, ob der Betroffene auf dem Wege der subsidiären Maßnahme den intensiveren Grundrechtseingriff hinnehmen muss, hängt gemäß der Konzeption des § 100a I 1 Nr. 3 StPO nie vom Zufall, sondern immer von der durch den jeweiligen Hoheitsträger ermöglichten finanziellen Ausstattung ab.

Theoretisch bedeutete dies tatsächlich, dass gegen einen Betroffenen im Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft A möglicherweise eher eine als subsidiär vorgesehene Maßnahme ergehen müsste als gegen einen Betroffenen im Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft B. Dieser mit Blick auf Art. 3 I GG durchaus problematisch zu sehende Befund ist jedoch gerade aus Sicht des Grundrechtsträgers zu begrüßen, wenn man die von *Nack*[107] und *Bruns*[108] verlangte Verzögerung anderer Verfahren als zusätzliches Kriterium begreift. Zugunsten des Betroffenen wird somit ein weiteres Korrektiv eingeführt, das zum Unterbleiben der subsidiären Maßnahme führen kann. Hingegen ist nicht einzusehen, dass ein höherer staatlicher Aufwand, sei es in Form des Zeit- oder des Personalaufwandes, per se den Zugriff auf die grundrechtsbelastendere Maßnahme rechtfertigen können soll.

Schon an diesen Überlegungen bezüglich des Personalaufwandes zeigt sich somit, dass der Grad der Grundrechtsverwirklichung von den finanziellen Anstrengungen des jeweiligen Hoheitsträgers abhängt: Je mehr Personal dieser zur Verfügung stellt, desto seltener ist nach der gesetzlichen Konzeption das Ausweichen auf die als subsidiär vorgesehene Maßnahme notwendig.[109]

(4) Prüfungsmaßstab

Insoweit kann zusammenfassend von dem folgenden Prüfungsmaßstab[110] zum Merkmal der wesentlichen Erschwernis im Rahmen eines unverhältnismäßigen Personalaufwandes ausgegangen werden, wobei die jeweiligen Prüfungsstufen kumulativ vorliegen müssen:

1. Bedeutender Mehraufwand der Ermittlungen bei Verzicht auf die subsidiäre Maßnahme
2. Erfolgsaussicht der als subsidiär vorgesehenen Maßnahme
3. Drohender Beweismittelverlust oder drohende Vernachlässigung anderer Verfahren aufgrund des Mehraufwandes

---

[107] KK-StPO[6]/Nack, § 100a Rn. 35.

[108] KK-StPO[8]/Bruns, § 100a Rn. 31.

[109] Je großzügiger die Personalausstattung in ihrer Gesamtheit ist, desto seltener müsste der Einsatz von Personal im betroffenen Verfahren als „unverhältnismäßig“ erscheinen.

[110] Wie sich im Folgenden zeigen wird, ist dieses grobe Modell ist auf die Konstellationen des Zeit- und Kostenaufwandes übertragbar.

(5) Konsequenzen für den Zeitaufwand

Ein unverhältnismäßig hoher Personalaufwand kann nur eine wesentliche Erschwernis darstellen, wenn ein Beweismittelverlust im konkreten Fall oder die Verzögerung anderer Verfahren droht, weil anderenfalls ein sachlicher Grund für die Wahl der subsidiären Maßnahme fehlt. Diese Erkenntnis ist nicht auf die Erschwernis des Personalaufwandes begrenzt, sondern muss auf die Erschwernis des Zeitaufwandes übertragen werden, denn auch bezüglich des Zeitaufwandes gilt, dass der Einsatz von mehr Zeit, der keine sonstigen negativen Konsequenzen mit sich bringt,[111] für sich allein gesehen nicht die Wahl der subsidiären Maßnahme zu legitimieren vermag. Die Beantwortung der Frage, anhand welcher Kriterien die Subsidiaritätsbedingung als erfüllt angesehen werden darf, muss folglich einheitlich ausfallen. Sowohl die Berücksichtigung des Zeit- als auch diejenige des Personalaufwandes zielen somit zumindest auch auf die Bewältigung der insgesamt anfallenden Verfahrenslast ab.

cc) Kosten

Außerordentlich umstritten ist schließlich die Frage, ob und inwieweit staatlicherseits entstehende Kosten[112] eine wesentliche Erschwernis auslösen können. Die Vertreter der herrschenden Meinung lehnen dies ab,[113] wobei einige Autoren eine Vehemenz erkennen lassen, die impliziert, dass sich im Grunde schon die Fragestellung verbiete.[114] Die oben genannten und auch weitere Autoren, die sich der herrschenden Meinung angeschlossen haben,[115] beschränken sich in der Regel darauf, den Kostenaufwand als nicht berücksichtigungsfähig zu postulieren, ohne dabei in eine argumentative Auseinandersetzung einzutreten.[116]

(1) Argumente der und für die Mindermeinung

Der Wille des Gesetzgebers spricht hingegen für die Mindermeinung, die den Kostenaufwand für berücksichtigungsfähig hält, denn die Gesetzesbegründung benennt den Kostenaufwand ausdrücklich als berücksichtigungsfähigen Aspekt.[117] Plausibel erscheinen ergänzend dazu auch die haushaltsrechtlichen Überlegungen *Wienroeders*, wonach ohne eine gewisse Kostenberücksichtigung nicht auszukommen

---

[111] Gemeint damit ist entweder ein drohender Beweismittelverlust oder die Vernachlässigung anderer Verfahren.

[112] Man kann insoweit auch vom „Kostenaufwand im engeren Sinn“ sprechen.

[113] Weitere Nachweise für hier nicht aufgezählte Autoren bei *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 146 Fn. 549.

[114] *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (437): „niemals“; *Schlüchter*, Das Strafverfahren, S. 297: „schon gar nicht“.

[115] Etwa LR-StPO[27]/*Erb*, § 163e Rn. 18; *Graf*, Rasterfahndung und organisierte Kriminalität, S. 97 lehnt die Berücksichtigung des Ermittlungs- und Kostenaufwandes ab und folgt damit der Auffassung Rudolphis.

[116] Beispielsweise KK-StPO[8]/Bruns, § 100a Rn. 31: „Allein Kostengesichtspunkte rechtfertigen die Maßnahme nicht.“

[117] BT-Drucks. V/1880, S. 12.

sei.[118] Primär ergibt sich die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit des Kostenaufwandes jedoch schon aus dem Telos der Norm selbst. Wie zum Zeit- und Personalaufwand herausgearbeitet, liegt dieser nicht ausschließlich in der Abwendung eines drohenden Beweismittelverlusts, sondern dient zugleich der Bewältigung aller zu bearbeitenden Verfahren. Hinsichtlich des Kostenaufwandes stellt sich die Lage nicht anders dar: Der Zeit- und der Personalaufwand sind berücksichtigungsfähig, weil die diesbezüglichen Ressourcen endlicher Natur sind. Die herrschende Meinung berücksichtigt an dieser Stelle nicht hinreichend, dass finanzielle Ressourcen ebenso das Endlichkeitspostulat beanspruchen. Ein unverhältnismäßiger Einsatz der finanziellen Mittel in dem einen Verfahren führt zu deren Fehlen im Rahmen anderer Verfahren, weil das zur Strafverfolgung zur Verfügung stehende Budget nicht beliebig aufgestockt werden kann.[119] Dass für den Kostenaufwand überwiegend ein anderes Ergebnis als für den Zeit- und Personalaufwand gefordert wird, erweist sich unter Berücksichtigung dieser Erkenntnis als nicht sachgerecht.

Auch abseits dieses Argumentationsmusters spricht wenig für die von der herrschenden Meinung vorgenommene Differenzierung, denn die Trennung zwischen dem Zeit- und Personalaufwand einerseits und dem Kostenaufwand andererseits birgt wie oben angedeutet[120] in terminologischer Hinsicht ein grundsätzliches Problem, da zwischen diesen Begriffen ein nicht zu leugnender Bedingungszusammenhang beziehungsweise eine enge sachliche Verwandtschaft besteht.[121] So würde ein entsprechend höherer Personalaufwand den Zeitaufwand des einzelnen Beamten minimieren.[122] Ebenso ist es denkbar, durch einen höheren Personalaufwand Kosten für externe Leistungen zu minimieren. Ob beispielsweise die Kosten intern (ermittelnde Beamte des jeweiligen Hoheitsträger) oder extern (Zuziehung Sachverständiger oder sonstiger Verwaltungshelfer/Beliehener) entstehen, ändert an der Notwendigkeit der vollständigen Aufgabenerledigung aus einem bestehenden Gesamtbudget nichts. Alle diese Ausgaben werden aus dem Haushalt desselben Hoheitsträgers bestritten. Die Abgrenzung zwischen Zeit-, Personal- und Kostenaufwand ist zwar in sachlicher Hinsicht nicht unrichtig, da diese Begriffe durchaus eine andere Bedeutung haben. Der herrschenden Meinung geht es jedoch bei der Ablehnung der Berücksichtigung des Kostenaufwandes erkennbar darum, die Verfügbarkeit finanzieller Mittel nicht kausal auf die Rechtsanwendung Einfluss nehmen zu lassen. Es

---

118 Franke/Wienroeder-BtMG³/*Wienroeder*, Teil II, § 110a Rn. 56.

119 Eine Überschreitung des vorgesehenen Budgets seitens der Strafverfolgungsbehörden würde die gesetzgeberische Entscheidung des Gesetzgebers, der ein bestimmtes Budget festgelegt hat, konterkarieren. Dies wäre kein hinnehmbarer Zustand, da jedenfalls im Ausgangspunkt in einem demokratischen Rechtsstaat die Befugnis, über die entsprechenden Mittelzuweisungen zu bestimmen, nur der Legislative gehören kann (Haushaltsautonomie/Budgetrecht). Auf diese Erkenntnis wird im weiteren Verlauf der Untersuchung in vertiefter Form zurückzukommen sein.

120 A. II. 2. c).

121 *Dencker*, StV 1994, 503 (506) bringt es in einem ähnlichen Zusammenhang auf den Punkt: „Zeit ist Geld."

122 *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 18.

soll „alleine" aus Kostengründen nicht auf die als subsidiär vorgesehene Maßnahme zurückgegriffen werden können. Gerade in diesem Aspekt stiftet die gegenübergestellte Darstellung von Zeit- und Personal- einerseits und Kostenaufwand andererseits aber Verwirrung, denn jeder der drei genannten Aufwandsarten ist durch die Vorfrage bedungen, was dem Hoheitsträger die Strafverfolgung an Finanzaufwand „wert" ist. Wollte man also die Auffassung, entstehende Kosten dürften „niemals" eine Rolle spielen, konsequent durchhalten, dürfte keine der drei Aufwandsarten das Ausweichen auf die als subsidiär vorgesehene Maßnahme erlauben. Im hier betroffenen Zusammenhang wäre es ebenso plausibel, den Kostenaufwand als eine übergeordnete Kategorie zu verstehen und erst in einem zweiten Schritt nach internen und externen Kostenpunkten zu differenzieren. Die Auffassung, nach der es sich bei allen drei Aufwandsarten um den Einsatz finanzieller Mittel handelt,[123] trifft daher im Ergebnis zu.[124]

(2) Herrschende Meinung ohne Argumente

So plausibel die Argumente für das Ergebnis der Mindermeinung auch sein mögen, bleibt doch vor allem fraglich, aus welchen Gründen sich diese Meinung nicht als die herrschende durchgesetzt hat. Anders formuliert muss es Bedenken wecken, wenn sich die Gegenauffassung als herrschende Meinung etabliert hat, obwohl im Grunde an keiner Stelle ein sachliches Argument für sie vorgetragen wird.[125] Dies ist für eine an objektiver Argumentation ausgerichtete Wissenschaft schon im Ausgangspunkt ungewöhnlich und auch unbefriedigend. Dabei erscheint das Ergebnis der herrschenden Meinung durch zwei Aspekte noch befremdlicher: Erstens weist die Frage über die Berücksichtigungsfähigkeit von Zeit- und Personalaufwand wie soeben gezeigt zumindest eine nicht zu leugnende sachliche Verwandtschaft zur Frage der Berücksichtigung des Kostenaufwandes auf, da es sich bei den ermittelnden Beamten (Zeit- und Personalaufwand) auch um Kostenfaktoren des Staates handelt.

---

[123] *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 18. Ein solche Darstellungsweise hat den zusätzlichen Vorteil, dass die Erschwernis nicht nur bezüglich einer bestimmten Aufwandsart, sondern auch durch die Kumulation verschiedener Umstände der Aufwandsarten bejaht werden könnte. In der Praxis wird es häufig vorkommen, dass ein erhöhter Zeitaufwand mit einem erhöhten Personalaufwand, nicht selten auch noch gepaart mit einem erhöhten Kostenaufwand, einhergeht.

[124] Wer der hier vorgeschlagenen teleologischen Auslegung hingegen nicht folgt, sondern den Schutzzweck der Formulierung „wesentlich erschwert" ausschließlich im betroffenen Verfahren verortet, darf den Kostenaufwand von vornherein nicht berücksichtigen, denn das konkret betroffene Verfahren wird durch einen etwaig entstehenden Kostenaufwand in keiner Weise erschwert. Diese Fehlauslegung könnte dann auch durch die haushaltsrechtlichen Überlegungen Wienroeders nicht kompensiert werden. Solche haushaltsrechtlichen Überlegungen betreffen immer übergeordnete Belange und können daher in einer ausschließlich auf das einschlägige Verfahren bezogenen Betrachtungsweise nicht sinnvoll berücksichtigt werden.

[125] Vgl. die bereits genannten apodiktischen Behauptungen der fehlenden Berücksichtigungsfähigkeit des Kostenaufwandes, *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (437): „niemals"; *Schlüchter*, Das Strafverfahren, S. 297: „schon gar nicht".

Zweitens steht die herrschende Meinung in klarem Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen, wonach der Rückgriff auf die als subsidiär vorgesehene Maßnahme möglich sein soll, soweit der Zugriff auf die ansonsten in Betracht kommende Alternative einen unverhältnismäßig größeren Arbeits-, Zeit- oder Kostenaufwand mit sich bringen würde.[126]

(3) Erklärungsversuche zur herrschenden Meinung

Trotz dieser Unklarheiten ist nicht davon auszugehen, dass seitens der Autoren der herrschenden Meinung das Problem der Berücksichtigung des Kostenaufwandes nicht durchdacht wird, da sich anderenfalls in der Kommentarliteratur der Dreiklang „Zeitaufwand – Arbeitsaufwand – Kostenaufwand" nicht herausgebildet hätte. Diese Darstellungsweise orientiert sich ersichtlich an den Erwägungen in der Gesetzesbegründung. Wenn die herrschende Meinung der Vorstellung des Gesetzgebers nur in zwei von drei Aspekten folgt und sich über die Begründung ausschweigt, muss dies auf Gründe zurückzuführen zu sein, die dem Normtext des § 100a I StPO nicht unmittelbar zu entnehmen sind, sondern in übergeordneten Erwägungen wurzeln.[127] Damit angesprochen ist das sensible Spannungsfeld zwischen dem Grundrechtsschutz des Betroffenen und finanziellen Interessen des Staates, letztlich somit die Kollision zwischen immateriellen und materiellen Gütern. *Maiwald* benennt dieses Problem als einer von wenigen Autoren sehr plastisch mit dem Satz, der immaterielle Schutz der Privatsphäre dürfe nicht Gegenstand eines „Geldhandels" sein.[128] Die in dieser Formulierung zum Ausdruck kommende Dramaturgie wird vor dem Hintergrund verständlich, dass in der Literatur Subsidiaritätsklauseln als Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begriffen werden. Intuitiv werden die meisten Autoren wohl bezweifeln, dass es einer korrekten Verhältnismäßigkeitsprüfung entspricht, wenn auf die das Grundrecht des Betroffenen stärker belastende Maßnahme zurückgegriffen wird, (nur) weil dem die Ermittlungen leitenden Staatsanwalt die weniger belastende Maßnahme als zu kostenintensiv erscheint. Hinter der herrschenden Meinung steht daher mit der Ablehnung der Berücksichtigungsfähigkeit des Kostenaufwandes offensichtlich der für sich gesehen nachvollziehbare Zweck der Gewährleistung des Grundrechtsschutzes.

[126] BT-Drucks. V/1880, S. 12.

[127] Dies lässt sich etwa bei LR-StPO[27]/Hauck, § 100a Rn. 45 erahnen, da dort bezüglich des Personalaufwandes gefordert wird, das Interesse an der Strafverfolgung müsse das Interesse des Betroffenen an der Erhaltung seines Grundrechts eindeutig überwiegen.

[128] AK-StPO/Maiwald, § 100a Rn. 8.

(4) Subsidiaritätsklausel als einfachgesetzliche Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Zu fragen ist, ob das letztgenannte Anliegen tatsächlich ein Ausweichen auf die Telekommunikationsüberwachung aus Kostengründen verbietet. Dafür ist zunächst zu analysieren, an welcher Stelle der Rechtmäßigkeitsprüfung die Frage an Bedeutung gewinnt. Erst wenn darüber Klarheit herrscht, kann über die Sachfrage als solche entschieden werden.

(a) Grundrechtsbezogene Abwägungsprüfung im Rahmen einer Subsidiaritätsklausel

Überlegt werden muss, ob der von *Maiwald* angesprochene Aspekt, der Grundrechtsschutz dürfe nicht Gegenstand eines „Geldhandels" sein,[129] im Rahmen der Prüfung einer Subsidiaritätsklausel überhaupt Beachtung finden kann. In der strafprozessualen Literatur wird dies wohl mehrheitlich so gesehen, da das Thema der Berücksichtigung des Kostenaufwandes stets im Rahmen der „wesentlichen Erschwernis" und somit ausschließlich auf Tatbestandsebene angeschnitten wird. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird die Bedeutung von Kostenerwägungen hingegen – soweit ersichtlich – niemals thematisiert.[130] Eine Erklärung dafür könnte darin bestehen, dass die Gesetzesbegründung die wesentliche Erschwernis durch eine Aufzählung eines „unverhältnismäßigen" Arbeits-, Zeit- oder Kostenaufwandes definiert.[131] Möglicherweise aufgrund dieser Bezugnahme auf das Unverhältnismäßigkeitskriterium benennen einige Autoren das zusätzliche Kriterium, dass im Falle eines außergewöhnlich großen Arbeitsaufwandes das Interesse an der Strafverfolgung dasjenige des Betroffenen an der Einhaltung seiner Grundrechte eindeutig überwiegen müsse.[132] Diese Überlegung ließe sich dann auf den Kostenaufwand übertragen. Zumindest existieren innerhalb der herrschenden Meinung neben Autoren, die die Kostenberücksichtigung von vornherein für undenkbar halten[133], auch solche, die das Ausweichen auf die den Betreffenden stärker belastende Maßnahme von einer Kontrollüberlegung[134] abhängig machen wollen, wobei tendenziell eindeutig der grundrechtlichen Position der Vorzug gegeben wird.[135]

---

[129] AK-StPO/Maiwald, § 100a Rn. 8.

[130] Dies ergibt sich aus einer Durchsicht der gängigen Kommentarliteratur zu subsidiären Ermittlungsmaßnahmen unter dem Stichwort „Verhältnismäßigkeit".

[131] BT-Drucks. V/1880, S. 12.

[132] Namentlich die „LR-Autoren": LR-StPO[25]/Schäfer, § 100a Rn. 43; LR-StPO[22]/Dünnebier, § 100a Anm. 6; LR-StPO[27]/Hauck, § 100a Rn. 45.

[133] *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (437); *Schlüchter*, Das Strafverfahren, S. 297; *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (385), KK-StPO[8]/Bruns, § 100a Rn. 31.

[134] Beispielsweise LR-StPO[27]/Hauck, § 100a Rn. 45: „Der Kostenaufwand darf grundsätzlich keine Rolle spielen, es sei denn, er ist so groß, dass er die Möglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden im Einzelfall sprengt."

[135] LR-StPO[27]/Hauck, § 100a Rn. 45; LR-StPO[25]/Schäfer, § 100a Rn. 43; SSW-StPO[4]/*Eschelbach*, § 100a Rn. 14; Meyer-Goßner-StPO[63]/*Köhler*, § 100a Rn. 13.

Sollten aber diese Kontrollfragen dergestalt gemeint sein, dass grundrechtliche Wertungen berücksichtigt werden müssten, dann sind sie deplatziert, denn die einschlägige Formulierung auf Tatbestandsebene „wesentlich erschwert" lässt keine Abwägung mit den Grundrechten des Betroffenen zu.[136] Eine gegenteilige Annahme stellte eine Fehlinterpretation der Gesetzesbegründung und vor allem des Gesetzeswortlauts dar. Wenn von einem unverhältnismäßigen Aufwand gesprochen wird, meint dies nur eine vergleichende Betrachtung dahingehend, dass sich der Mehraufwand der Ermittlungen ohne Anordnung der subsidiären Maßnahme als unverhältnismäßig erweisen muss.[137] Hier geht es ausschließlich um den Vergleich zweier Maßnahmen, wobei Rechte des Beschuldigten keine auch nur mitentscheidende Rolle spielen. Die Überlegung, ein staatliches Kosteninteresse dürfe nicht zulasten des Grundrechtsträgers ins Feld geführt werden, ist daher kein Belang, der in der Prüfung einer Subsidiaritätsbedingung untergebracht werden kann. Diese Abwägung hat vielmehr im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stattzufinden. Wird im zu beurteilenden Fall die Verhältnismäßigkeitsprüfung korrekt geprüft, ist den Grundrechten des Betroffenen genüge getan. Zu dieser Prüfung gelangt aber nicht, wer sich bereits auf Tatbestandsebene gegen die Berücksichtigung des Kostenarguments entscheidet. Dass ein fiskalisches Interesse des Staates im Rahmen der strafprozessualen Rechtsanwendung Grundrechte nicht in Schranken verweisen darf, mag daher eine möglicherweise vertretbare Rechtsauffassung darstellen. Die letztendliche Plausibilität dieser Auffassung lässt sich aber im vorliegenden Sachzusammenhang nicht auf der Ebene des einfachen Rechts klären, sondern bleibt der verfassungsrechtlichen Überprüfung vorbehalten.

(b) Berücksichtigung grundrechtlicher Positionen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Lässt die Vorschrift auf Tatbestandsebene keine Abwägungsprüfung zu den Grundrechten des Betroffenen zu, ist zu betonen, dass das Endergebnis der Rechtmäßigkeitsprüfung noch nicht feststeht. Die soeben erfolgte Analyse offenbart, dass die Behauptung, Subsidiaritätsklauseln seien als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in das einfache Recht übernommen worden, in einem streng verstandenen Sinn nicht richtig sein kann: Die Verhältnismäßigkeit betrifft die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen, wohingegen sich eine Subsidiaritätsklausel in keiner Weise zu den Grundrechten des Betroffenen verhält.[138] Zustimmung kann noch die Annahme finden, der Gesetzgeber habe durch die positivrechtlichen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Eingriffen grundlegende Entscheidungen selbst getroffen.[139] Dieses Verständnis darf insoweit Geltung beanspruchen, als sich der Gesetzgeber auf dem Wege der Subsidiaritätsklausel eine Selbstrestriktion auf-

[136] Zutreffend *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 115, 150.
[137] *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 115, 150.
[138] *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 150.
[139] *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 19.

erlegt.[140] Zulasten der Grundrechte des Betroffenen ist hingegen eine „grundlegende Entscheidung zur Verhältnismäßigkeit“[141] des Gesetzgebers nicht möglich. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein ungeschriebener Rechtssatz von Verfassungsrang,[142] sodass schon unter dem Gesichtspunkt der Normenhierarchie der einfache Gesetzgeber zu Fragen der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes keine verbindlichen Vorgaben machen kann. Wenn der Gesetzgeber beispielsweise in den §§ 97 V 2 Hs. 2, 100g I 2 StPO den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gesondert erwähnt, kann dies keine konstitutive, sondern nur eine Erinnerungsfunktion für den Rechtsanwender haben.[143] Demzufolge ist auch das Argument, der Gesetzgeber gebe durch diese Formulierung zu erkennen, dass er Subsidiaritätsklauseln und Verhältnismäßigkeit als zwei voneinander zu trennende Anordnungsvoraussetzungen verstehe,[144] richtig und selbstverständlich zugleich. Dem einfachen Gesetzgeber kommt die Aufgabe zu, die Normen der Strafprozessordnung so auszugestalten, dass diese einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.[145] Dies ist nach dem bekannten Schema dahingehend zu präzisieren, dass sich sowohl auf abstrakt-genereller Ebene die jeweilige Regelung als solche als auch ihre konkrete Anwendung im jeweiligen Einzelfall als verhältnismäßig erweisen müssen.[146] Für den hier interessierenden Sachzusammenhang ist daher festzuhalten, dass die Abwägungsprüfung zwischen Grundrechten und staatlichem Kosteninteresse im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfinden muss.[147]

(5) Schlussfolgerung zur Berücksichtigungsfähigkeit des Kostenaufwandes im Rahmen einer Subsidiaritätsklausel

Der Kostenaufwand ist im Rahmen der wesentlichen Erschwernis subsumtionsfähig. Die (mutmaßlichen) Bedenken der herrschenden Meinung führen an dieser Stelle zu keinem anderen Ergebnis. Die Prüfung einer Subsidiaritätsklausel ent-

---

[140] So ist es dem Gesetzgeber ohne Weiteres unbenommen, die subsidiäre Maßnahme als die grundrechtsbelastendere und damit nachrangig zu ergreifende Ermittlungsmaßnahme auszuweisen.

[141] Begriff nach *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 19.

[142] BVerfGE 19, 342 (348 f.).

[143] Ähnlich *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 24 Rn. 407. Aus diesem Blickwinkel erscheint auch die beispielsweise von KK-StPO[8]/*Graf*, § 112 Rn. 46 vertretene Auffassung, der Gesetzgeber habe § 112 I 2 StPO als Haftausschließungsgrund konzipiert, sodass bei Zweifeln über das Vorliegen der Verhältnismäßigkeit gleichwohl ein Haftbefehl erlassen werden müsse, zweifelhaft. Für dieses Ergebnis sprechen möglicherweise praktische Notwendigkeiten. In rechtsstaatlicher Hinsicht wird man aber zu fordern haben, dass der Staat einen Grundrechtseingriff nur vornehmen darf, wenn er sich der Verhältnismäßigkeit seines Handelns gewiss ist.

[144] *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 115.

[145] In diesem Sinne etwa BVerfGE 32, 373 (379); 34, 238 (246).

[146] Dazu *Wienbracke*, ZJS 2013, 148 (154 f.); *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (194 ff.).

[147] Selbstverständlich wäre der Gesetzgeber nicht gehindert, einen Gesichtspunkt wie den Kostenaufwand im Rahmen der Prüfung einer Subsidiaritätsklausel für nicht berücksichtigungsfähig zu erklären und auf diesem Wege eine Wertentscheidung zugunsten des Grundrechtsschutzes zu treffen. Aufgrund der Gesetzesbegründung ist davon aber gerade nicht auszugehen.

spricht in inhaltlicher Hinsicht nicht der Verhältnismäßigkeitsprüfung, sodass Letztere nicht obsolet ist.[148] Gerade das Verständnis von Subsidiaritätsklauseln als Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes offenbart die Gefahr, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung verkümmert oder sogar gänzlich unterbleibt, da der Rechtsanwender dem Trugschluss unterliegt, er habe zu Fragen der Verhältnismäßigkeit bereits Stellung genommen. Wie gezeigt, ist dies nicht richtig. Wird auf Tatbestandsebene eine wesentliche Erschwernis aufgrund eines zu hohen Zeit-, Personal- oder Kostenaufwandes angenommen, ist dieser Belang ein zweites Mal auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu würdigen, indem er dann mit der grundrechtlichen Position des Betroffenen abgewogen wird. Die eigentliche Fragestellung, ob Eingriffe in grundrechtliche Positionen aus finanziellen Interessen des Staates möglich sind, kann daher erst auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung beantwortet werden. Dem widmet sich der folgende Abschnitt.

III. Kostenerwägungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei auf Subsidiaritätsklauseln gestützten Maßnahmen

Die zu erörternde Frage ist dahingehend zu konkretisieren, ob eine Ermittlungsmaßnahme, bei der fiskalische Gesichtspunkte im Rahmen der Wahl der Maßnahme kausal waren, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen kann. Soll ein Abdriften in allzu theoretische Überlegungen vermieden werden, kann die Frage nicht anders als durch die Prüfung der den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konstituierenden Voraussetzungen (legitimer Zweck – Geeignetheit des Mittels – Erforderlichkeit des Mittels – Angemessenheit des Mittels)[149] geklärt werden.[150]

1. Kostenerwägungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit anhand eines Beispielsfalls

Um Unklarheiten zu vermeiden, soll die Problemstellung anhand des folgenden fiktiven und vereinfachten Beispielsfalls analysiert werden:

Dem die Ermittlungen leitenden Staatsanwalt stehen zur Aufklärung des Sachverhalts die Maßnahmen a und b zur Verfügung, die im konkreten Fall zur Sachverhaltserklärung in gleichem Maße geeignet erscheinen. Maßnahme a ist die laut Gesetz subsidiäre Maßnahme, das heißt auf diese darf nur zurückgegriffen werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts, hier auf dem Wege der alleinig ansonsten in Betracht kommenden Maßnahme b, wesentlich erschwert ist. Der Staatsanwalt

[148] Im Ergebnis ähnlich *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 115: „Konkurrenzverhältnis“.

[149] Dazu *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (194 f.).

[150] Diese Vorgehensweise ist angelehnt an die von *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 112 ff. Er durchläuft die Merkmale des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, um festzustellen, ob Subsidiaritätsklauseln eines dieser Merkmale ausgestalten und lehnt dies im Ergebnis ab.

sieht bei der Wahl der Maßnahme b den Ermittlungserfolg in keiner Weise gefährdet. Gleichwohl ordnet er die Maßnahme a an, da seiner Einschätzung nach – was zutrifft – die Maßnahme b das Fünffache kosten würde wie die Maßnahme a.

Frage: Ist die Anordnung rechtmäßig, wenn es sich bei der Maßnahme a um eine Telekommunikationsüberwachung gem. § 100a I StPO handelt?

2. Lösung des Beispielsfalls

a) Rechtsgrundlage und formelle Rechtmäßigkeit

Die Rechtsgrundlage und die formelle Rechtmäßigkeit bereiten keine Schwierigkeiten.

b) Materielle Rechtmäßigkeit (Tatbestand)

Gleiches gilt für die Tatbestandsvoraussetzungen, da nach den vorgenommenen Überlegungen der Kostenaufwand als wesentliche Erschwernis gem. § 100a I 1 Nr. 3 Alt. 1 StPO berücksichtigt werden darf. Ein fünffacher Kostenaufwand belastet den Etat regelmäßig erheblich und wirkt sich daher negativ auf die Gesamtzahl der zu bearbeitenden Verfahren aus, sodass man die Erschwernis auch ihrer Wesentlichkeit nach bejahen kann. Diesbezüglich zeigt sich, dass das zusätzliche Kriterium der Vernachlässigung anderer Verfahren seine Berechtigung hat. Geht es um Ermittlungsmaßnahmen, die nur sehr geringfügige Kosten verursachen, kann der bloße Mehraufwand nicht entscheidend sein.

c) Verhältnismäßigkeit

Sodann ist in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einzutreten. Insoweit bestehen zunächst keine Besonderheiten. Dass sich die Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme als verhältnismäßig erweisen muss, ist wegen des Charakters der strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme als Eingriffsverwaltung selbstverständlich.[151]

aa) Legitimer Zweck

Der legitime Zweck der Anordnung der Maßnahme liegt in der Strafverfolgung gegen einen bestimmten Beschuldigten im konkret betroffenen Verfahren. Es gilt zu ermitteln, ob sich ein strafbarer Sachverhalt zugetragen hat, der eine Anklageerhebung gegen den Beschuldigten erforderlich macht.[152]

bb) Geeignetheit des Mittels

Die Wahl der Maßnahme *a* ist ein geeignetes Mittel, da sie den Zweck fördert[153] und keine offensichtliche Fehlsamkeit erkennen lässt.

---

[151] So etwa schon BVerfG, NJW 1963, 1597 (1598); *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 24 Rn. 406.

[152] Auf den Zweck der Verfahrenssicherung abstellend *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 24 Rn. 395.

[153] Mehr ist für die Bejahung der Geeignetheit nicht zu fordern, so schon BVerfGE 63, 88 (115).

cc) Erforderlichkeit des Mittels

Schwieriger zu beurteilen ist, ob die Wahl der Maßnahme a zur Zweckerreichung auch erforderlich ist. Erforderlich ist ein Mittel, wenn es unter den zur angestrebten Zweckerreichung gleichermaßen geeigneten Mitteln das mildeste darstellt.[154]

Blozik hält an dieser Stelle die Subsidiaritätsklauseln nicht für eine Ausprägung der Erforderlichkeit, da von einer Erforderlichkeitsprüfung nur gesprochen werden könne, wenn zwei jeweils gleichgeeignete Maßnahmen miteinander verglichen würden.[155] Dieser Aussage ist, wie die Definition zeigt, vorbehaltlos zuzustimmen. Sodann sieht er die Ausgangslage bei der Prüfung einer Subsidiaritätsklausel im Vergleich alternativer Maßnahmen, wobei zu fragen sei, „ob bei Anwendung der alternativen Maßnahme allein die Ermittlungen in einem bestimmten Maße *weniger* wirksam wären".[156] Dieser These ist streng genommen nicht vollständig zuzustimmen, da in Fällen, in denen kein Beweismittelverlust droht, sondern aufgrund des entstehenden Aufwandes die Bewältigung anderer Verfahren der ausschlaggebende Aspekt für die Wahl der als subsidiär vorgesehenen Maßnahme ist, hinsichtlich des Ermittlungserfolgs zwei gleich wirksame Mittel zur Verfügung stehen. *Bloziks* Annahme, bei einer Subsidiaritätsklausel seien zwei unterschiedlich wirksame Maßnahme miteinander zu vergleichen, erscheint nur schwer vereinbar mit seinem Argument, der Kostenaufwand sei zu berücksichtigen, weil haushaltsrechtliche Regelungen dies erforderten.[157] Wer dies nicht beachte, gehe von illusionären Wunschvorstellungen aus.[158] Solche Überlegungen sind aber gerade darauf ausgerichtet, alle laufenden Verfahren bearbeiten zu können. Dann ist es konsequent, dass Subsidiaritätsklauseln das Ausweichen auf die subsidiäre Maßnahme aus Kostengründen gestatten können müssen, auch wenn der Ermittlungserfolg bei Anwendung der kostenintensiveren Maßnahme nicht gefährdet wird.[159] In solchen Fällen vergleicht man dann wie bei einer Erforderlichkeitsprüfung zwei Maßnahmen, die zur Erreichung des angestrebten Erfolgs gleich wirksam sind.[160]

---

154 *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, 36. Aufl., Rn. 429.

155 *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 113.

156 *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 113.

157 *Blozik* nimmt damit Bezug auf die Argumentation von Franke/Wienroeder-BtMG[3]/*Wienroeder*, Teil II, § 110a Rn. 56.

158 *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 148 f.

159 Dies für den Zeitaufwand zutreffend betonend *Welp*, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, S. 67 Fn. 106.

160 Abseits solcher Spezialfälle trifft die Analyse *Blozik*s hingegen zu: Werden zwei Maßnahmen miteinander verglichen, die eine unterschiedliche Wirksamkeit aufweisen, so fehlt ein innerer Zusammenhang zur Erforderlichkeitsprüfung. Auch seine insgesamt zur Beziehung von Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Subsidiaritätsklauseln vertretene Auffassung erscheint überzeugend: Schon weil Grundrechte als Parameter in der Prüfung einer Subsidiaritätsklausel nicht auftauchen, müssen diese Rechtsinstitute strikt voneinander getrennt werden.

Unter Zugrundelegung dieser Erkenntnisse ergibt sich hier Folgendes: Die in Betracht kommenden Maßnahmen können den Sachverhalt gleich gut aufklären, sodass sie in gleichem Maße wirksam sind. Die Maßnahme *a* ist die subsidiäre und stellt demzufolge gerade nicht das zur Erreichung des ausgewiesenen Zwecks[161] mildeste Mittel dar. Dieses ist vielmehr die Maßnahme *b*.

Zur Klarstellung soll an einen Aspekt erinnert werden: Hier geht es um die Verhältnismäßigkeit eines Rechtsanwendungsaktes, das heißt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit spielt zwei Mal eine Rolle:[162] bei der Frage der Verhältnismäßigkeit der Rechtsgrundlage und bei der Prüfung der Grundrechtskonformität der Gesetzesanwendung durch die vollziehende Gewalt im konkret-individuellen Einzelfall. Problematisch und hier im Fokus der Erörterung stehend ist die Prüfung des Rechtsanwendungsaktes im konkret-individuellen Einzelfall. Diese notwendige strikte Trennung bringt eine nicht zu unterschätzende Konsequenz mit sich: Man darf nicht ohne Weiteres formulieren, die Anordnung der subsidiären Maßnahme sei bezogen auf die Strafverfolgung als Zweck der Maßnahme besser geeignet, da auf diesem Wege Kosten gespart würden, die dann für die Strafverfolgung in anderen Verfahren Verwendung finden könnten. Das entspräche nicht dem oben genannten Zweck, denn dieser wurde als „Strafverfolgung im konkret betroffenen Ermittlungsverfahren“ festgelegt. Für die Erreichung dieses Zwecks ist es völlig unerheblich, ob die Sachverhaltsermittlung auf dem Wege der Maßnahme *a* oder der Maßnahme *b* erfolgt. Für die Erreichung des so formulierten Zwecks ist die stärker in die Grundrechte eingreifende Maßnahme *a* kein erforderliches Mittel. Nach der bisherigen Betrachtung ist somit zwingend die Maßnahme *b* zu wählen, wohingegen das Ergreifen der Maßnahme *a* den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt und rechtswidrig sein müsste.

3. Analyse des vorläufigen Ergebnisses des Beispielsfalls

Nähert man sich dem Befund aus der Perspektive des geschriebenen Strafprozessrechts, mag das Ergebnis überraschen, da nach der Bejahung der Voraussetzungen des § 100a I 1 Nr. 3 StPO, die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angeblich konkretisieren oder ausgestalten, ein gegenteiliges Ergebnis im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht mehr zu erwarten war. Die Prüfung offenbart den Trugschluss und führt die damit verbundene Gefahr vor Augen, dass das Ergebnis der Prüfung der Subsidiaritätsklausel mit jenem der Prüfung der Verhältnismäßigkeit vermengt wird.

Wer das Problem dagegen aus einer verfassungsrechtlichen Richtung angeht, hält eher für zweifelhaft, ob finanzielle Interessen des Staates das ausschlaggebende Argument für den intensiveren Grundrechtseingriff sein dürfen.[163] Aus dieser Per-

---

[161] A. III. 2. c) aa).

[162] Dies für Rechtsanwendungsakte im Generellen betonend *Wienbracke*, ZJS 2/2013, 148 (155).

[163] Insoweit erscheint der Streit um die terminologische Bezeichnung strafprozessualer Eingriffsermächtigungen als „Zwangsmaßnahmen“ oder als „Grundrechtseingriffe“ nicht gänzlich bedeutungslos. Dies zu Recht hervorhebend *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 24 Rn. 395.

spektive bestätigt sich auch schnell, dass die Problematik nicht durch die Entscheidung des Gesetzgebers in § 100a I 1 Nr. 3 StPO zur grundsätzlichen Zulässigkeit des Arguments[164] gelöst sein kann. Aufgrund der aus dem Beispielsfall gewonnenen Erkenntnisse müsste außerdem die herrschende Meinung, die den Kostenaufwand nicht berücksichtigen will, zumindest im Ergebnis für richtig befunden werden. Als verfehlt könnte man dann lediglich die Verortung der Frage im Tatbestand anstatt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ansehen.

4. Konsequenzen des Ergebnisses

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung wurde hier anhand des äußerst umstrittenen Kostenaufwandes durchgeführt. Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei einem entsprechend hohen Zeit- oder Personalaufwand ergibt sich aber dasselbe Ergebnis. Auch dort findet auf Tatbestandsebene im Rahmen des Merkmales der wesentlichen Erschwernis nur ein Vergleich mit anderen Verfahrensmöglichkeiten statt, jedoch keine Abwägung zu grundrechtlichen Gewährleistungen. Wenn man den geschilderten Fall auf die Konstellation umbildet, in der auf die subsidiäre Maßnahme ausgewichen werden soll, weil die mildere Maßnahme unverhältnismäßig viel Personaleinsatz erfordert, gelangt man ebenfalls im Rahmen der Erforderlichkeit zu dem Ergebnis, dass beide Maßnahmen zur Erreichung des Zwecks „Aufklärung der Tat im Einzelfall“ gleichermaßen geeignet sind. Wenn durch den erhöhten Personaleinsatz der Ermittlungserfolg im betroffenen Verfahren nicht gefährdet wird, findet sich auch hier der zwingende Befund, dass sich die subsidiäre Maßnahme als nicht erforderlich und damit als unverhältnismäßig erweist. Nicht anders fiele das Ergebnis aus, wenn man das Beispiel mit einem unverhältnismäßig hohen Zeitaufwand durchspielt. Die als subsidiär ausgewiesene Maßnahme dürfte somit in allen Fällen, in denen die wesentliche Erschwernis keinen Beweismittelverlust befürchten lässt, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten niemals ergriffen werden. Dadurch würde der Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel erheblich verkürzt und der gesetzgeberische Wille konterkariert.[165] Dass der unverhältnismäßige Zeitaufwand ein zulässiges Argument für die Wahl der subsidiären Maßnahme ist, gilt als anerkannt.[166] In einem solchen Fall zweifelt die allgemeine Meinung nicht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 100a I 1 Nr. 3 StPO an; ebenso lässt sich kein Autor finden, der aufgrund der Berücksichtigung des unverhältnismäßigen Zeitaufwandes eine Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme annimmt.

Die von *Amelung*, JZ 1987, 737 (738,745) vorgenommene Betonung der verfassungsrechtlichen Bedeutung hat angesichts der hiesigen Überlegungen ihre Berechtigung.

164 BT-Drucks. V/1880, S. 12.

165 Gemeint ist damit, dass nach der Gesetzesbegründung BT-Drucks. V/1880, S. 12 ein drohender Beweismittelverlust keine Voraussetzung für die Wahl der als subsidiär vorgesehenen Maßnahme ist.

166 Vgl. die obige Darstellung unter A. II. 2. b).

5. Erarbeitung eines Lösungsversuchs

Aufgrund dieses Befundes ist die Überlegung angezeigt, ob das im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erarbeitete Ergebnis tatsächlich zutrifft. Jedenfalls Praktikabilitätsgesichtspunkte scheinen dafür zu sprechen, auf dem Wege anderer Argumentationsbemühungen ein gegenteiliges Ergebnis zu erreichen. An dieser Stelle sei auf die zahlreichen Mahnungen, wirtschaftliche Gesichtspunkte bestimmten die Rechtsfindung in der Praxis in erheblichem Ausmaß und seien nicht mehr wegzudenken, verwiesen.[167] Praktikabilitätserwägungen dürfen aber die Gesetzesauslegung niemals entscheidend beeinflussen. Ebenso ist der Rückzug auf den Standpunkt, das Recht mache an bestimmen Stellen Vorgaben, die nicht einzuhalten seien, keine denkbare Option. Vielmehr muss der umgekehrte Weg beschritten werden, indem im Rahmen der Rechtsauslegung festgestellt wird, inwieweit die in der Praxis existente Verwendung fiskalischer Argumente zulässig sein kann. In diesen Grenzen ist dann an eine Harmonisierung mit der Praxis als rechtliche Realität zu denken,[168] da an einer nicht umsetzbaren Rechtsauslegung kein Interesse bestehen kann.[169] Ein im Ausgangspunkt nicht zu leugnender und damit im Rahmen der Rechtsauslegung zu bedenkender Umstand ist, dass den Strafverfolgungsbehörden stets nur ein endlicher Etat zur Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung steht.[170]

a) Lösung durch Modifikation des legitimen Zwecks

Da die Erforderlichkeitsprüfung die Frage nach dem erforderlichen Mittel zur entsprechenden Zweckerreichung darstellt, sollte ein Lösungsversuch in erster Linie „am Kopf", das heißt bereits bei der Festlegung des legitimen Zwecks, ansetzen. Eine strafprozessuale Maßnahme wird angeordnet, weil dadurch der sich möglicherweise als strafbar erweisende Sachverhalt aufgeklärt werden soll. Der hier formulierte Zweck beschreibt daher mehr oder weniger eine Selbstverständlichkeit.

b) Zweckanstaffelung im Fall der Wahl der subsidiären Maßnahme

Allerdings übersieht eine solche Zweckfestlegung, dass bei Vorliegen einer auf die Subsidiaritätsbedingung „wesentlich erschwert" gestützten Maßnahme im Vergleich zur üblichen Sachlage eine entscheidende Besonderheit besteht: Die Situation ist

---

167 So etwa *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 281; *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 17; *Nestler*, JA 2012, 88 (95).

168 Die praktische Anwendung muss der Rechtsordnung folgen und nicht umgekehrt. Allerdings ist es in tatsächlicher Hinsicht nicht von der Hand zu weisen, dass Veränderungen sozialer, kultureller und eben auch wirtschaftlicher Art die Interpretation einer Norm schleichend verändern, zutreffend *Hoffmann-Riem*, in: Ders./Schmidt-Aßmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, S. 11 (56).

169 Ähnlich *Muthorst*, JA 2013, 721 (724): „Gestaltungswille zu einer aktuell vernünftigen Regelung".

170 So schon oben A. II. 2. c) cc) (1). Dabei kommt es noch nicht darauf an, ob man den Etat für zu gering hält. Auch ein großzügig bemessener Etat unterliegt dem Endlichkeitspostulat.

dadurch gekennzeichnet, dass dem die Ermittlungen leitenden Staatsanwalt zur Erreichung der Sachverhaltsaufklärung zwei verschiedene Maßnahmen zur Auswahl stehen. Subsidiaritätsklauseln wird zwar generell die Funktion von Ermittlungsmaßnahmen ausgehende Grundrechtseingriffe zu minimieren zugeschrieben.[171] Wird gleichwohl die als subsidiär vorgesehene Maßnahme angeordnet, kann dies je nach Fallgestaltung zwei verschiedene Gründe haben: Im einfach zu beurteilenden und häufiger vorliegenden Fall wird die subsidiäre Maßnahme angeordnet, weil bei der Wahl alternativer Maßnahmen der Ermittlungserfolg gefährdet werden würde. Die Wahl der als subsidiär vorgesehenen Maßnahme findet ihren Zweck dann in der Vermeidung eben jenes Beweismittelverlustes.[172] Daneben ist aber auch an die Fälle zu denken, bei denen ein Beweismittelverlust nicht droht und dementsprechend auch der Ermittlungserfolg im betroffenen Verfahren nicht gefährdet erscheint. Den obigen Erkenntnissen[173] folgend ist zunächst die Anordnung der als subsidiär vorgesehenen Maßnahme tatbestandlich möglich. Wichtig und entscheidend ist, dass diese Erkenntnis dann auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Zweckfestlegung Berücksichtigung findet. In solchen Fällen dient die Maßnahme ebenfalls zunächst der Sachverhaltsermittlung und Strafverfolgung im betroffenen Verfahren. Doch erschöpft sich darin der Zweck der Wahl der subsidiären Maßnahme gerade nicht, denn dieser ließe sich genauso gut mit der nicht-subsidiären Maßnahme erreichen. Wird die als subsidiär vorgesehene Maßnahme gewählt, liegt die eigentliche Besonderheit vielmehr in einem zweiten Zweck: Die subsidiäre Maßnahme wird angeordnet, damit der anderenfalls drohende Kostenaufwand vermieden wird.[174]

Ob das Ausweichen auf die subsidiäre Maßnahme einer rechtlichen Legitimation zugänglich sein kann, hängt folglich von der Beantwortung der Frage ab, ob der Gesetzgeber in Form der Verwendung einer Subsidiaritätsklausel die Schonung staatlicher Ressourcen als verfolgbaren Zweck einer Ermittlungsmaßnahme ausweisen darf. So erfolgten im hier vorgetragenen Beispiel die Wahl der Maßnahme *a* und die Unterlassung der Maßnahme *b* aus Kostengesichtspunkten. Die konkret gewählte Maßnahme *a* verfolgt als Primärziel die Sachverhaltsaufklärung beziehungsweise Strafverfolgung im engeren Sinn und als Sekundärziel die Schonung finanzieller Ressourcen. Eine solche Zweckanstaffelung ist zunächst verfassungsrechtlich unbedenklich,[175] sofern sich die einschlägigen Zwecke hinreichend klar

171 *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (378).

172 Hier sind also die Zwecke einer subsidiären Ermittlungsmaßnahme und einer nicht-subsidiären Ermittlungsmaßnahme weitestgehend identisch, da es jeweils um eine bestmögliche Aufklärung des Sachverhalts geht.

173 A. II. 2. c) aa) (3).

174 Gleiches gilt für den Zeit- und Personalaufwand.

175 *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 617.

benennen lassen. Dies ist vorliegend der Fall, weil sich die genannten Zwecke nicht in einem unzureichenden Verweis auf ein nicht näher definiertes „öffentliche Interesse" erschöpfen.[176]

Ebenso kommt es nicht auf die Streitfrage an, ob im Rahmen der Zweckfestlegung nur auf die subjektiv vom Gesetzgeber verfolgten Gesetzesziele[177] oder auf alle objektiv denkbaren Gesetzeszwecke[178] abgestellt werden darf,[179] denn die Gesetzesbegründung zu § 100a I StPO gibt schon ihrem Wortlaut nach klar zu erkennen, dass der Gesetzgeber den Kostenaufwand berücksichtigt sehen will.

Schließlich lässt die Berücksichtigung des Kostenaufwandes keine Verfassungsillegitimität erkennen, da in Art. 109 III und Art. 114 II GG ein möglichst schonender Umgang mit finanziellen Ressourcen angemahnt wird.[180] Es ist bedenklich, aber nicht per se verboten, Rechtsnormen in das Strafprozessrecht zu etablieren, die zur Kostenschonung beitragen und zugleich die Intensität des Grundrechtsschutzes herabsenken.[181] Anderenfalls müssten jene Verfahrensvereinfachungen, die Belastungen für die Rechte des Beschuldigten mit sich bringen, von vornherein als verfassungswidrig bezeichnet werden. Zudem trägt die Anerkennung der Kostenschonung als mitverfolgtes Ziel einer als subsidiär vorgesehenen Maßnahme lediglich dem nicht von der Hand zu weisenden Faktum Rechnung, dass die Strafverfolgung in einem finanziell gebundenen Rahmen stattzufinden hat und hinreichende Mittel zur Bewältigung der anderen Verfahren übrig bleiben müssen.[182] Nur aus diesem Gesichtspunkt erlangt das Kostenargument Relevanz, wohingegen es nicht um die Frage geht, inwieweit der Staat aus dem Strafrecht finanzielle Mittel generieren darf.

---

176 Ein pauschaler Verweis auf das öffentliche Interesse reicht für die Legitimität des Zweckes nicht aus. Darauf ausdrücklich hinweisend bereits BVerfG, VerwRspr 1958, 781 (795); zustimmend auch *Epping*, Grundrechte, 8. Aufl., Rn. 52; *Michael*, JuS 2001, 148.

177 Dahingehend wohl die Meinung zur Gesetzesauslegung im Generellen von *Rüthers*, JZ 2006, 53 ff.

178 So für die Gesetzesauslegung seit jeher das BVerfG, soweit ersichtlich erstmals BVerfGE 1, 299 (312).

179 Zum Streitstand vgl. *Wienbracke*, ZJS 2/2013, 148 (149) Fn. 12.

180 *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 10 ff.

181 In anderen Rechtsgebieten ist das fiskalische Interesse als Rechtsargument ohne Weiteres anerkannt, was sich nicht nur am Steuerrecht, sondern beispielsweise auch am Bauplanungsrecht zeigt. Es entspricht dort der ständigen Rechtsprechung, dass in bestimmten Fallkonstellationen staatlicherseits entstehende Kosten Individualrechten Grenzen setzen können, so etwa BVerwGE 123, 137 (44). Weitere Nachweise zur ständigen Rechtsprechung a. a. O. Dass in anderen Rechtsgebieten das fiskalische Interesse auch im sensiblen Bereich der Eingriffsverwaltung ein zulässiges Argument sein kann, zeigt sich etwa am Ausländerrecht. Gemäß der bis zum 01.01.2016 geltenden Fassung des § 55 II Nr. 6 AufenthG konnte ein Ausländer insbesondere ausgewiesen werden, wenn er für sich, seine Familienangehörigen oder für sonstige Haushaltsangehörige Sozialhilfe in Anspruch nahm.

182 Dass Subsidiaritätsklauseln die Legitimität im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ausgestalten, ist also entgegen *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 112 Fn. 429 keine triviale Erkenntnis, da dadurch die Zweck-Mittel-Relation ein anderes Gepräge erhalten kann.

c) Zwischenergebnis

Wird aus dem Kostenargument heraus eine Ermittlungsmaßnahme gewählt, die durch das Gesetz als subsidiär vorgesehen ist, kann das Kostenargument ausschließlich in einer Spezialkonstellation Bedeutung erlangen, das heißt, wenn die zur Auswahl stehenden Ermittlungsmaßnahmen für die Sachverhaltserforschung gleich geeignet erscheinen.[183] Liegt eine solche Konstellation vor, sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwei legitime Zwecke zu berücksichtigen. Zum herkömmlichen Zweck der Strafverfolgung im konkreten Fall tritt dann das Bestreben zur Ressourcenschonung hinzu.

6. Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Anerkennung einer Zweckanstaffelung

Die Anstaffelung mehrerer Zwecke beinhaltet die Konsequenz, dass die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs gesondert bezogen auf jeden Zweck geprüft werden muss.[184]

Die oben durchgeführte Verhältnismäßigkeitsprüfung wandelt sich dann wie folgt ab:[185]

a) Verfassungslegitime Zwecke

Die verfassungslegitimen Zwecke der Maßnahme *a* liegen erstens in der Strafverfolgung im konkreten Fall und zweitens in dem Bestreben, die Verfahrensgestaltung möglichst ressourcenschonend auszugestalten. Konkret sollen die anderenfalls, nämlich durch das Ergreifen der Maßnahme *b* entstehenden Mehrkosten, vermieden werden.

b) Geeignetheit des Mittels

Die Maßnahme *a* erweist sich zur Erreichung beider Zwecke als geeignet, da durch sie sowohl der Ermittlungserfolg als auch die Ressourcenschonung gefördert wird.

---

183 Wenn die subsidiäre Maßnahme Kosten schont, dabei aber schlechtere Aufklärungschancen verspricht, darf das Argument entstehender Kosten nach dem hier vorgeschlagenen Modell nicht zur Geltung gelangen, da es dann an der Erforderlichkeit der subsidiären Maßnahme fehlt: Mit der primär vorgesehenen Maßnahme steht eine zum Zweck der Sachverhaltsaufklärung wirksamere Maßnahme zur Verfügung, sodass diese ergriffen werden muss.

184 *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 617.

185 Dies zeigt zugleich, dass die zum Beispiel von *Hofmann*, in: van Aaken / Schmid-Lübbert, Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, S. 135 (142) vertretene These, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stelle stets eine bikriterielle Abwägung dar, etwas zu grob ist. Zwar stehen stets die staatlichen Interessen denen des Privaten gegenüber, die abzuwägenden Belange können aber aus mehr als zwei Sachgebieten entspringen. Dies entspricht dann zumindest in inhaltlicher Hinsicht einer multikriteriellen Abwägung.

c) Erforderlichkeit des Mittels

Die Maßnahme *a* muss zur Erreichung beider Zwecke auch erforderlich sein. Die Maßnahme *b* stellt nach wie vor das für den Betroffenen mildere Mittel dar. Allerdings ist die Maßnahme *b* nur zur Erreichung des Zwecks „Strafverfolgung im konkreten Fall" ebenso gut geeignet wie Maßnahme *a*. Für die Ressourcenschonung als weiteren Zweck weist hingegen die Maßnahme *a* die bessere Eignung auf. Folglich ist nunmehr die Maßnahme *a* das zur vollständigen Zweckerfüllung erforderliche, weil einzig verfügbare Mittel.[186]

Die Maßnahme *b* fällt somit bei der Erforderlichkeitsprüfung durch.

d) Angemessenheit des Mittels

Die Maßnahme *a* muss sich zudem auch als angemessen, das heißt verhältnismäßig im engeren Sinne, erweisen. Zweck und Mittel sind so gegenüber zu stellen, dass der zulasten des Betroffenen resultierende Eingriff nicht außer Verhältnis steht.[187] Dies bedeutet hier, dass das Strafverfolgungsinteresse an der konkreten Tat sowie die Ressourcenschonung gegenüber den Belastungen des Betroffenen bezüglich dessen Persönlichkeitsrecht abgewogen werden müssen. So wird bei der Frage, ob eine strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme angemessen ist formuliert, es seien auf der einen Seite die Schwere von Tatvorwurf und Verdacht, die voraussichtliche Erkenntnis und der Sicherungswert und auf der anderen Seite die konkreten Schäden und Gefährdungen des Betroffenen ins Feld zu führen.[188] Diese Abwägungskomponente, die bezogen auf den konkreten Einzelfall zu erfolgen hat, betrifft den eigentlichen Zweck der Sachaufklärung und beinhaltet lediglich Probleme, die hier nicht näher erörtert werden müssen.

Deutlich schwieriger vorzunehmen ist die Abwägung zwischen dem Interesse des Staates am Schutz seiner finanziellen Ressourcen gegenüber dem Interesse des Betroffenen am Schutz seiner Grundrechte. „Schulmäßig" erfolgt die Prüfung der Angemessenheit in drei Schritten:[189] In einem ersten Schritt sollen die widerstreitenden Interessen festgestellt und gewichtet werden. Sodann sind im zweiten Schritt die Nachteile herauszuarbeiten, die im jeweils zu beurteilenden Sachverhalt konkret für die betroffenen Interessen auftreten können. Drittens hat dann die eigentliche Abwägung zu erfolgen, wobei die vorherigen beiden Schritte der geordneten Prüfung der Abwägung dienen.

---

[186] Dabei wird ersichtlich, dass die Anerkennung mehrerer legitimer Zwecke nur restriktiv gehandhabt werden darf, denn die Benennung mehrerer Zwecke macht die Auswahl des erforderlichen Mittels enger. Grundrechtsschonendere Mittel können auf diesem Wege unter Umständen – wie es auch hier der Fall ist – aus der Prüfung ausgeschieden werden.

[187] So etwa BVerfGE 118, 168 (195). Maßgeblich ist damit das Kriterium der Zumutbarkeit.

[188] *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 24 Rn. 406.

[189] Vgl. zum Folgenden *Reuter*, JURA 2009, 511 (515 f.).

Die Prüfung des ersten Schritts gestaltet sich unproblematisch: Auf der einen Seite steht das Interesse des Staates, die Strafverfolgung möglichst ressourcenschonend auszugestalten, auf der anderen Seite das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen.[190] Dass eines der Interessen von vornherein höher gewichtet werden muss, lässt sich nicht behaupten. Die Prüfung des zweiten Schritts offenbart hingegen wesentliche Probleme: Während sich die Beeinträchtigungen des Grundrechtsträgers je nach Einzelfall relativ konkret beurteilen lassen, scheint es schwierig, die auf Seiten des Staates eintretenden Nachteile zu benennen.[191] Eine allein auf das betroffene Verfahren abzielende Argumentation bietet dabei wenig Orientierung. Vielmehr ist die Problematik durch den Umstand gekennzeichnet, dass die Behörden durch den Gleichheitssatz gebunden sind und in einer Vielzahl von Verfahren ähnlich agieren müssen, wobei sich auf diesem Wege eine Kostenlast ergibt, der die insgesamte Verfahrensbewältigung in Zweifel stellen kann. Schwer fällt somit die Bildung konkreter Maßstäbe. Ein solcher könnte sich aus der zu § 100a I 1 Nr. 3 StPO bekannten Überlegung ergeben, ein Aufwand gelte ab einem bestimmten Mehraufwand zum Ermittlungsaufwand bei Verzicht auf die subsidiäre Maßnahme als unverhältnismäßig.[192] Die Bildung pauschaler Maßstäbe ist zwar willkürlich und muss deshalb der Einzelfallabwägung vorbehalten bleiben. Je höher aber der Aufwand ausfällt, desto gefährdeter ist entsprechend die Bewältigung anderer Verfahren durch die betroffene Strafverfolgungsbehörde, sodass man einem doppelten Mehraufwand weniger Gewicht als einem zehnfachen Mehraufwand zuzumessen hat. Trotz entstehender Unsicherheiten ist damit zu konstatieren, dass sich die Sachlage hier nicht von derjenigen jeder anderen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterscheidet.[193]

Der dritte Schritt lässt sich nach Festlegung dieses Maßstabs wieder leichter durchführen. Abzuwägen ist zwischen den konkreten finanziellen Belastungen des Staates gegenüber den Grundrechtsbelastungen des Betroffenen. Bringen die Ermittlungen ohne die subsidiäre Maßnahme einen exorbitanten Mehraufwand mit sich, heißt dies nicht, dass die grundrechtliche Position des Betroffenen automatisch zurückstehen muss. Darin liegen gerade der Unterschied und der entscheidende Vorteil gegenüber der ausschließlichen Verortung des Problems auf tatbestandlicher

---

[190] Welche Grundrechte betroffen sind, hängt naturgemäß von der gewählten Ermächtigungsgrundlage sowie den Umständen des Einzelfalls ab. Im Rahmen einer strafprozessualen Telekommunikationsüberwachung gem. § 100a I StPO kommt insbesondere ein Eingriff in Art. 10 I GG in Betracht. Zwischen Art. 10 I GG und dem aus Art. 2 I GG in Verbindung mit Art 1 I GG herzuleitenden Allgemeinen Persönlichkeitsrecht besteht aufgrund des jeweiligen Menschenwürdebezuges eine enge Verwandtschaft, siehe dazu *Bantlin*, JuS 2019, 669 (670).

[191] Ähnlich *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 47.

[192] *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 150 f. schlägt den doppelten Aufwand vor.

[193] Die Rationalität einer (verfassungsrechtlichen) Abwägungsprüfung ist für sich gesehen schon ein erhebliches Streitthema. Zum diesbezüglichen Streitstand vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (195) Fn. 28.

Ebene. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kann es der Blick auf die konkreten Gefährdungen für die Grundrechte des Betroffenen gebieten, auch entsprechend hohe Kosten in Kauf zu nehmen.[194]

7. Ergebnis

Auf diesem Wege zeigt sich, dass die strikte Trennung von Tatbestandsebene und Verhältnismäßigkeitsprüfung die grundrechtlichen Gewährleistungen des Betroffenen durchaus schützen kann: Dem Betroffenen obliegt nicht schon deshalb eine Duldungspflicht, weil auf tatbestandlicher Ebene die wesentliche Erschwernis in Form des Kostenaufwandes bejaht wurde.[195] Ob der Beschuldigte den Eingriff dulden muss, steht erst nach einer Abwägung fest. Verortet man die Kostenproblematik hingegen alleine auf Tatbestandsebene, lässt das jeweils nur unausgewogene Extremlösungen zu, die der jeweiligen Eingriffsintensität nicht Rechnung tragen[196]: Entweder man verneint die Berücksichtigung des Kostenaufwandes per se, was dem rechtlich legitimen und faktisch notwendigen Interesse an der Schonung finanzieller Ressourcen widerspricht oder man bejaht die Berücksichtigung von Kosten, was dann aber noch keine Berücksichtigung der Grundrechte des Betroffenen zulässt. Der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter kann man daher nur gerecht werden, wenn man die Berücksichtigungsfähigkeit des staatlichen Aufwandes auf verfassungsrechtlicher Ebene, das heißt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, mit dem Interesse des Betroffenen an der Wahrung seiner Grundrechte austariert.

Im Rahmen des Verhältnismäßigen ist es folglich bei Ermittlungsmaßnahmen mit geeigneten Subsidiaritätsklauseln zulässig, wenn der staatliche Kostenaufwand als Argument zur Beschneidung grundrechtlicher Positionen fungiert.[197]

---

[194] Im Rahmen des hiesigen Untersuchungsschritt sollte die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit des Kostenarguments im Rahmen subsidiärer Ermittlungsmaßnahmen aufgezeigt werden. Auf die Reichweite des Arguments wird im weiteren Verlauf näher eingegangen, siehe hierzu insbesondere die Ausführungen unter E. II. Zu den verfassungsrechtlichen Hintergründen siehe 5. Teil C. III.

[195] Auch hier gilt bezüglich des Zeit- und Personalaufwandes dasselbe.

[196] Dieser Kritikpunkt trifft auf die bei LR-StPO[27]/Hauck, § 100a Rn. 45 vorzufindende Vorgehensweise nicht zu. Wie unter A. II. 2. c) cc) (4) (a) dargelegt wurde, können jedoch grundrechtliche Belange bei der Prüfung einer Subsidiaritätsklausel keine Berücksichtigung finden.

[197] Im Ergebnis zutreffend *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 18.

B. Kostenerwägungen zulasten der Beschuldigtenrechte im Kontext nicht-subsidiärer Ermittlungsmaßnahmen

I. Bedeutung des Kostenarguments bei nicht-subsidiären Ermittlungsmaßnahmen

Den bisher entwickelten Ergebnissen folgend bieten bestimmte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, die eine geeignete Subsidiaritätsklausel enthalten, bei richtig verstandener Auslegung bereits durch ihre einfachgesetzlichen Voraussetzungen („erschwert"; „wesentlich erschwert") ein Einfallstor für Kostenüberlegungen und veranschaulichen daher das Phänomen der Kostenberücksichtigung im Rahmen der Rechtsanwendung besonders eindrücklich. Daneben besteht allerdings noch eine Vielzahl anderer Ermittlungsmaßnahmen, die einer solchen ausdrücklichen Subsidiaritätsklausel nicht unterliegen, nicht zuletzt die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161 I 1, 163 I 2 StPO.[198] Im Bereich dieser Maßnahmen existiert kein ausdrückliches Tatbestandsmerkmal, das als Einfallstor für Kostenerwägungen fungieren könnte. Dadurch wird erklärlich, warum bezüglich dieser Maßnahmen eine substantiierte Diskussion über die Berücksichtigungsfähigkeit staatlicherseits entstehender Kosten in der Kommentarliteratur nicht zu finden ist.[199] Dieser Befund lässt unklar erscheinen, ob sich die Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit von Kosten im Rahmen nicht-subsidiärer Ermittlungsmaßnahmen überhaupt stellt. Für die Bejahung der Frage sprechen im Wesentlichen zwei Aspekte. Erstens wird zu Recht immer wieder darauf hingewiesen, dass wirtschaftliche Gesichtspunkte ein prägender Faktor für die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden sind und mehr oder weniger das gesamte Strafverfahren beherrschen.[200] Die Notwendigkeit der Berücksichtigung entstehender Kosten gestaltet sich daher als ein generelles Problem, das sich offensichtlich nicht auf die Ermittlungstätigkeit auf Grundlage subsidiärer Maßnahmen beschränkt.[201] Zweitens legt ein Erst-recht-Schluss nahe, dass Kosten auch im Rahmen nicht-subsidiärer Ermittlungsmaßnahmen berücksichtigungsfähig

[198] Vgl. dazu nur die Informationsbeschaffungsmaßnahmen betreffende Aufzählung bei *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 90 f.

[199] Auch im Bereich des Polizeirechts konzentriert man sich meistens auf die Frage, ob ein Nicht-Einschreiten aus Kostenerwägungen im Rahmen des Entschließungsermessens rechtmäßig sein kann, dazu etwa *Götz/Geis*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Aufl., S. 108 f.; *Papier*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, S. 231 (241).

[200] *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 17, 18.

[201] Das Problem beschränkt sich nicht auf das Strafverfahrensrecht. Die Frage, ob im Fall zwei gleich effektiver Maßnahmen mit identischer Eingriffsintensität die kostengünstigere gewählt werden darf, stellt sich auch im Polizeirecht, dazu *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 203 ff. Dort handelt es sich um ein Problem des Ermessensfehlgebrauchs. Der Zugang zum Problem der Kostenberücksichtigung fällt daher im Polizeirecht methodisch leichter.

sein können, denn es bedeutet einen erkennbaren Wertungswiderspruch, wenn bei Ermittlungsmaßnahmen, die mithilfe einer Subsidiaritätsklausel den Grundrechtsschutz bewirken sollen,[202] aus Kostengründen ein Ausweichen auf die subsidiäre Maßnahme möglich ist, wohingegen im Rahmen einer eine solche Restriktion nicht enthaltenden Maßnahme nicht auf das Kostenargument zurückgegriffen werden darf.

II. Überlegungen zum passenden Prüfungspunkt

Lassen diese Ausführungen eine grobe Grundtendenz erkennen, ist gleichwohl zu bemerken, dass eine abstrakt-theoretisch orientierte Erörterung der Frage, ob Kostenerwägungen zulasten des Betroffenen auch im Rahmen von Ermächtigungsgrundlagen ohne Subsidiaritätsklausel zulässig sind, nicht zielführend sein kann.[203] Konkret beantworten lässt sich die Frage erst durch die Erprobung an einem einschlägigen Beispielsfall. Dabei kann Folgendes vorweggenommen werden: Im Rahmen jener Ermächtigungsgrundlagen, die eine Subsidiaritätsklausel wie „wesentlich erschwert" gerade nicht enthalten, kann man von vornherein nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu der Erörterung der Problematik der Berücksichtigungsfähigkeit entstehender Kosten gelangen.

III. Beispielsfall

Zur Veranschaulichung der Problematik soll der folgende Beispielsfall dienen:

1. Sachverhalt

> Dem die Ermittlungen leitenden Staatsanwalt stehen zur Sachverhaltsaufklärung die Maßnahmen a und b zur Verfügung. Dabei handelt es sich jeweils um Maßnahmen, die keine Subsidiaritätsklausel enthalten. Beide Maßnahmen erscheinen zur Ermittlung des Sachverhalts gleich gut geeignet. Im konkret zu beurteilenden Fall erweist sich die Maßnahme a als grundrechtsbelastender für den Beschuldigten. Maßnahme a stellt aber die bei Weitem kostengünstigere Maßnahme dar und würde auch deutlich weniger Personal binden. Der Staatsanwalt ordnet aus diesem Grund die Maßnahme a an.

Frage: Ist die gegen den Beschuldigten angeordnete Maßnahme verhältnismäßig?

---

[202] *Rieß*, in: FS Meyer, 367 (378); *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (219).

[203] *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 285 kommt beispielsweise zu dem ungefähren Ergebnis, der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit habe im Strafverfahren nur eine „sehr beschränkte Bedeutung"; konkrete Ergebnisse für einschlägige Normen finden sich dagegen bei *Nestler*, JA 2012, 88 ff.

2. Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

Die Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie einen verfassungslegitimen Zweck verfolgt und sich das zur Zweckerreichung eingesetzte Mittel als geeignet, erforderlich und angemessen erweist.

a) Verfassungslegitimer Zweck

Der Zweck der Maßnahme besteht in der Aufklärung des möglicherweise strafrechtlich relevanten Sachverhalts. Dabei ist im Blick zu behalten, dass die Aufklärungstätigkeit in Form der hier ergehenden Maßnahme einen konkreten Adressaten, den Beschuldigten, in das Zentrum des Erkenntnisinteresses rückt. Der Zweck der angeordneten Ermittlungsmaßnahme liegt somit in der Strafverfolgung gegenüber dem Beschuldigten.[204] Dies gilt unabhängig davon, welche einschlägige Maßnahme man an die Stelle der Maßnahme *a* setzt. Ist ein Nichtbeschuldigter Adressat einer strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme gilt ebenfalls, dass der Zweck der Maßnahme regelmäßig in der Sachverhaltsaufklärung bestehen wird.

Für die vorliegende Thematik ist wichtig, dass die Schonung staatlicher Ressourcen nach dem Wortlaut der jeweiligen Vorschriften[205] keinen auch nur untergeordneten Zweck darstellt, da es an einem diesbezüglich auslegungsfähigen, unbestimmten Rechtsbegriff fehlt. Auf die Frage, ob im Rahmen der Festlegung des verfassungslegitimen Zwecks nur auf die subjektive Intention des Gesetzgebers oder auch auf objektiv denkbare Zwecke der jeweiligen Vorschrift abzustellen ist,[206] kommt es nicht an, weil eine Ermittlungsmaßnahme ohne Subsidiaritätsklausel zunächst keinen Zusammenhang zum Problem der Ressourcenschonung erkennen lässt.

b) Geeignetheit des Mittels

Zu unterstellen ist, dass die Maßnahme *a* der Sachverhaltsaufklärung förderlich und daher geeignet ist.

c) Erforderlichkeit des Mittels

Die Maßnahme *a* müsste auch das zur Zweckerreichung erforderliche Mittel darstellen. Beide Maßnahmen sind zur Erreichung des Zwecks „Sachverhaltsaufklärung" gleich gut geeignet. Dabei stellt die Maßnahme *b* aber die weniger belastende Maßnahme und daher das mildere Mittel dar. Somit ist die Wahl der Maßnahme *a* nicht erforderlich und im Ergebnis unverhältnismäßig. Insoweit liegt die Sachlage anders als im oben genannten Beispiel zur Situation bei Ermittlungsmaßnahmen

---

[204] Da für den Beschuldigten die Unschuldsvermutung gilt, ist es selbstverständlich, dass die potentielle Überführung genauso als Ziel auszuweisen ist wie die potentielle Entkräftung vom bestehenden Tatvorwurf. Niemals kann für den Zweck einer Ermittlungsmaßnahme ein strafendes Element in Betracht kommen, dazu *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 24 Rn. 396.

[205] Zum Beispiel die Postbeschlagnahme gem. § 99 I StPO.

[206] Zum diesbezüglichen Streitstand vgl. *Wienbracke*, ZJS 2/2013, 148 (149) Fn. 12.

auf Grundlage einer eine Subsidiaritätsklausel beinhaltenden Eingriffsgrundlage.[207] Hier muss die Maßnahme *a* als nicht erforderliches Mittel durchfallen, weil die Ressourcenschonung nach dem Wortlaut nicht-subsidiärer Maßnahmen kein berücksichtigungsfähiger Zweck der Maßnahme ist.

aa) Ausnahme von der Erforderlichkeit zugunsten monetärer Aspekte

Da der entstehende Kostenaufwand somit im Rahmen der Zweckfestlegung als nicht berücksichtigungsfähig erscheint und die Verhältnismäßigkeit am Prüfungspunkt der Erforderlichkeit scheitert, liegt es dieses Mal zunächst nahe, an letztgenanntem Stelle die Lösung des Problems zu suchen.

(1) Übertragung des Rechtsgedankens aus § 275 II BGB

Die Maßgabe, dass nicht in jedem Fall verlangt werden kann, was im Grundsatz möglich und geschuldet ist, kennt das deutsche Recht etwa aus der praktischen Unmöglichkeit gem. § 275 II BGB. Den dortigen Rechtsgedanken wird man aber selbst im Sinne einer ersten Annäherung an die Problemstellung kaum auf die hier zu erörternde Konstellation des Grundrechtseingriffs übertragen können. Über die Zugehörigkeit der Vorschrift zum Privatrecht mag man noch hinwegkommen, indem man in § 275 II BGB einen übergreifenden allgemeinen Rechtsgrundsatz erblickt. Die Übertragung des Rechtsgedankens überzeugt aber in sachlicher Hinsicht nicht. So ist nach § 275 II 2 BGB im Rahmen der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen auch zu berücksichtigen, inwieweit er das Leistungshindernis zu vertreten hat. Trotz der Begrenztheit finanzieller Mittel liegt es ohne Weiteres in der Hand des Staates, die Strafverfolgungsbehörden mit mehr finanziellen Mitteln auszustatten.[208] Aus der grundsätzlichen Problematik der Mittelknappheit darf folglich nicht vorschnell ein praktischer Unmöglichkeitsfall konzipiert werden.[209] Dass die Wahl des milderen Mittels den Staat zu möglicherweise als unvernünftig empfundenen Ausgaben zwingt, ändert somit nichts an der Möglichkeit, das mildere Mittel zu ergreifen. Noch weniger kann man daher das hiesige Problem als Fall der faktischen Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB erfassen.[210] Eine Analogie zivilrechtlicher Normen bringt das Erforderlichkeitspostulat des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes demnach nicht zu Fall.

---

207 A. III. 5.

208 Dies wird auch mit Nachdruck verlangt, etwa von *Rieß*, StraFo 2000, 364 (367).

209 Nicht zu Unrecht kennzeichnet *Schermaier*, AUPA 2006, 241 den Unmöglichkeitssatz treffend mit der Bemerkung, er hebe bei seiner Erwähnung unter Juristen schnell beifälliges Nicken hervor.

210 Dies wäre schon verfehlt, weil eine Unmöglichkeit nicht anzunehmen ist, wenn dem Schuldner die finanziellen Mittel fehlen, dazu Staudinger/Caspers (2019), § 275 Rn. 74 f.

(2) Berücksichtigung der Gemeinwohlverpflichtung des Individuums

Naheliegender könnte es deshalb im Sinne eines zweiten Ansatzes sein, aus der Gemeinwohlverpflichtung eines jeden Individuums die Schlussfolgerung zu ziehen, dass aufgrund des drohenden Kostenaufwands ausnahmsweise nicht das mildeste Mittel gewählt werden muss. *Hoffmann-Riem* hält insoweit die Erforderlichkeitsprüfung für einen geeigneten Ansatzpunkt.[211] *Gröpl* meint diesbezüglich, eine Verpflichtung, stets das mildeste Mittel wählen zu müssen, verstoße gegen die Gemeinwohlgebundenheit und das Gleichheitsgebot.[212] Auch *Peters* lehnt die Verpflichtung zur Wahl des mildesten Mittels ab, da diese in bestimmten Konstellationen für den Staat unzumutbar sein könne.[213]

Diese Ansichten sind fraglos durch nachvollziehbare Erwägungen geleitet und dürften auch hinsichtlich ihrer finalen Ergebnisse zustimmungsfähig sein. Soweit die genannten Autoren ihre Argumente aber auf der Ebene der Erforderlichkeit verorten, überzeugt dies allerdings nicht vollends. Welches Mittel erforderlich ist, darf ausschließlich mit Blick auf den verfolgten Zweck beurteilt werden. Die Gemeinwohlverpflichtung, der Gleichheitssatz sowie auch die möglicherweise abzulehnende Zumutbarkeit für den Staat sind keine Bestandteile der Prüfung der Erforderlichkeit, da diese Erwägungen nicht der Relation zwischen Zweck und Mittel entstammen, sondern aus anderen verfassungsrechtlichen Rechtssätzen gewonnen werden. Die Verortung der genannten Argumente in der Erforderlichkeitsprüfung[214] läuft somit auf eine Aufweichung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinaus, indem Belange in die Prüfung gemischt werden, die dort nicht hingehören. Wertungsmäßig plausibel, aber doch nicht durchgängig konsequent erscheint in diesem Licht auch die Überlegung, auf der Ebene der Erforderlichkeit sei eine vorweggenommene Angemessenheitsprüfung vorzunehmen.[215] Seinen überragenden Bedeutungsgehalt für das deutsche Recht gewinnt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerade durch die überschaubare und konturenscharfe Abgrenzung seiner Prüfungsvoraussetzungen. Diese klare Struktur als große Stärke des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann nur gewahrt werden, indem die inhaltliche Bedeutung der Grundvoraussetzungen un-

---

211 *Hoffmann-Riem*, in: Ders./Schmidt-Assmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, S. 11 (51).

212 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 364. Er nimmt damit Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG, siehe dazu insbesondere BVerfG, NJW 1972, 1561 (1565).

213 *Peters*, DÖV 2001, 749 (761).

214 So ausdrücklich *Hoffmann-Riem*, in: Ders./Schmidt-Assmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, S. 11 (51).

215 So aber *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 209, der sich ebenfalls mit den genannten Autoren auseinandersetzt.

angetastet bleibt.[216] Interessen, die nicht im legitimen Zweck ausgewiesen werden, dürfen deshalb der im Allgemeinen anerkannten Idee folgend nicht im Nachhinein in die Prüfung gemischt werden.[217]

bb) Modifikation der Erforderlichkeit durch haushaltsrechtliche Überlegungen

Ein dritter und letztlich tatsächlich gangbarer Weg könnte hingegen sein, die unverhältnismäßig kostenintensive Maßnahme als rechtlich nicht existent anzusehen, sodass die kostengünstigere und stärker grundrechtseinschneidende Maßnahme *a* die einzig verbleibende und damit die zwingend erforderliche ist. Zu einem solchen Ergebnis gelangt, wer die Wahl der kostengünstigeren Maßnahme aufgrund haushaltsrechtlicher Vorgaben für unzulässig hält.[218]

Blozik verweist im Zusammenhang der Berücksichtigung des Kostenaufwandes im Rahmen einer Subsidiaritätsklausel in Anlehnung an die Argumentation *Wienroeders*[219] auf haushaltsrechtliche Regelungen und kommt zu dem Ergebnis, „dass die Ermittlungsbehörde bei ihrem gesetzlichen Auftrag gemäß § 160 I, II StPO, den Sachverhalt vermeintlicher Straftaten zu ermitteln, höhere Kosten grundsätzlich zu vermeiden hat“[220]. Diese Argumentation könnte dahingehend zu verallgemeinern sein, dass aus übergeordneten haushaltsrechtlichen Vorgaben[221] nicht die kostenintensivere Maßnahme gewählt werden darf, sofern eine kostengünstigere Maßnahme den Sachverhalt ebenso aufklären könnte.

---

216 Diese Feststellung ist keineswegs trivial, da zunehmend wirtschaftswissenschaftliches Gedankengut Einzug in die verfassungsrechtliche Rechtsliteratur hält und etablierte Strukturen in Zweifel stellt. Beispielsweise wird bei *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl., S. 34 f. das Erforderlichkeitsgebot mithilfe des Pareto-Optimums kombiniert. Als alternative Mittel kommen nach dieser Auffassung nur Mittel in Betracht, die bei anderen Personen oder staatlichen Einrichtungen keine Verschlechterungen hervorrufen. Dies überzeugt nicht vollends: Die Erforderlichkeitsprüfung muss in einem Rechtsstaat aus der Perspektive des Grundrechtsträgers gedacht werden. Aus dessen Sicht sind staatlicherseits entstehende Kosten unerheblich. Das Erforderlichkeitsgebot soll ihn vor staatlichen Eingriffen schützen, bei denen die vollständige Zweckerreichung auf milderem Wege möglich ist. An der Bezugnahme auf das Pareto-Kriterium ist kritisch zu sehen, dass dieses in der Verfassung keine Verwurzelung findet, sodass seine Verwendung zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen ungesetzlich erscheint.

217 Angesprochen ist damit die konsentierte Auffassung, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei in vier Stufen (legitimer Zweck – geeignetes Mittel – erforderliches Mittel -angemessenes Mittel) zu prüfen, so etwa *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl., S. 32; ähnlich Badura, Staatsrecht, S. 144 f.

218 Dies wäre gegenüber der Lösung, die sich auf die Gemeinwohlverpflichtung und den Gleichheitssatz beruft, allemal vorzugswürdig, da sich bezüglich des Haushaltsrechts konkrete Rechtssätze untersuchen lassen. Der Verweis auf die Gemeinwohlverpflichtung und den Gleichheitssatz erscheint hingegen eher vage.

219 Franke/Wienroeder-BtMG³/*Wienroeder*, Teil II, § 110a Rn. 56.

220 *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 148.

221 Franke/Wienroeder-BtMG³/*Wienroeder*, Teil II, § 110a Rn. 56.

Dieser Argumentationsansatz soll an dieser Stelle näher durchdacht werden, da er aus zwei Gründen bedenkenswert erscheint. Erstens verpflichtet sich dieser Lösungsansatz einem Wirklichkeitsbezug, da es bei der bestehenden Mittelknappheit um die Lösung eines Verteilungsproblems geht[222] und ein praktisches Bedürfnis der Einhaltung eines festen Budgets zur Bewältigung sämtlicher öffentlicher Aufgaben nicht von der Hand zu weisen ist. Zweitens scheint die Argumentation anhand haushaltsrechtlicher Vorgaben die ersehnte rechtliche Übersetzung für den faktischen Befund zu sein, dass Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Praxis längst berücksichtigt werden.

(1) Leitlinien haushaltsrechtlicher Argumentation

Die Argumentation nimmt ihren Ausgangspunkt in den §§ 1, 6 I HGrG.[223] Danach haben Bund und Länder bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Dieses Doppelgebot findet sich für Niedersachsen in § 7 I Nds. LHO wieder. *Blozik* weist dabei darauf hin, Wirtschaftlichkeit bedeute nach gängigem Verständnis, die Relation zwischen Mitteln und Aufgaben so günstig wie möglich zu gestalten.[224] Der Begriff der Wirtschaftlichkeit ist dahingehend zu konkretisieren, dass entweder mit vorgegebenen Mitteln der maximale Erfolg (Maximalprinzip) oder ein bestimmter Erfolg mit geringstmöglichen Mitteln erzielt werden soll (Minimalprinzip).[225] Das Sparsamkeitsgebot verlangt, den durch Gesetz festgelegten Erfolg mit den geringstmöglichen Mitteln zu erreichen, sodass es dem Minimalprinzip entspricht.[226] Unterstützt wird der Argumentationsansatz mit einem Verweis auf Art. 109 III GG. Gemäß der dort geregelten „Schuldenbremse" werden Bund und Länder verpflichtet, ihre Haushalte grundsätzlich ohne Kreditaufnahmen auszugleichen.[227]

(2) Stellungnahme zur haushaltsrechtlichen Argumentation

Der Argumentationsansatz ist im Grundsatz einleuchtend, da dem Staat der Schutz grundrechtlicher Gewährleistungen nur im Rahmen des (finanziell) Möglichen abverlangt werden kann und die genannten Normen einen Zugriff auf das Problem der Mittelknappheit erhoffen lassen. Alleine aufgrund der Existenz haushaltrechtlicher Vorgaben kann aber nicht die eingehende Analyse unterlassen werden, ob

[222] So auch *Maiazza*, Opportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren, S. 81 f.
[223] *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 147 f.
[224] *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 147 f.
[225] *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 9.
[226] *Grupp*, JZ 1982, 231 (234 f.); Kilian, in: Schulte/Kloos, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 128 Rn. 66; *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 10.
[227] Vgl. dazu BeckOK-GG[48]/Reimer, Art. 109 Rn. 54 ff.

haushaltsrechtliche Vorgaben als übergeordnete Gründe im Rahmen der konkreten Rechtsanwendung immer zur Wahl der kostengünstigeren Maßnahme zwingen.[228] Richtigerweise ist ein solcher Schluss aus mehreren Gründen abzulehnen.

(a) Einseitigkeit der Argumentation

Erstens verdient die Argumentation keine Zustimmung, weil sie überaus einseitig ist. Haushaltsrechtliche Vorgaben in jedem Fall für zwingend zu erachten, bedeutet, die Frage der Zulässigkeit einer Grundrechtsbeschneidung aus der verfassungsrechtlichen Abwägungsprüfung zu exkludieren. Ein solche Vorgehensweise ist methodisch nicht gangbar, weil sie die bestehende Normenhierarchie[229] auf den Kopf stellt. Einfachgesetzliche Normen (§§ 1, 6 I HGrG, § 7 I Nds. LHO) können nicht Prüfungsstufen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes modifizieren, sondern müssen sich ihrerseits an ihm messen lassen. Diese Kritik ließe sich auch durch den Verweis auf die verfassungsrechtliche Verwurzelung[230] der haushaltsrechtlichen Normen nicht entkräften. Eine diesbezügliche Betonung wäre zunächst zwar richtig, kollidierende Rechtsnormen von Verfassungsrang sind dann aber zwingend auf dem Wege der Abwägung auszutarieren,[231] wobei alleine die Menschenwürde aus Art. 1 I GG als gänzlich abwägungsfest bezeichnet werden kann[232]. Auch unter Bezugnahme auf die Wirtschaftlichkeit als Verfassungsgebot darf also haushaltsrechtlichen Erwägungen nicht der generelle Vorrang vor den grundrechtlichen Positionen des Betroffenen eingeräumt werden.

(b) Keine Entscheidung über das „Wie"

Zweitens ist im Blick zu behalten, dass die haushaltsrechtlichen Normen in erster Linie nur über die Ebene des „Ob" befinden. Die genannten Normen verlangen, dass bei der Aufstellung und der Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit überhaupt beachtet werden müssen.[233] Dass die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch im Bereich der Strafverfolgung hinsichtlich ihrer generellen Zielvorgabe, der Einsparung unnötiger Kosten, zu berücksichtigen sind, steht zwar außer Zweifel, da sich das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit an alle drei Staatsgewalten richtet.[234] Daraus

[228] In diese Richtung *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 149, der zu dem Ergebnis gelangt, gerade aufgrund der haushaltsrechtlichen Vorgaben müsse im Rahmen der Prüfung einer Subsidiaritätsklausel bei einem entsprechenden Kostenaufwand das Ausweichen auf die als subsidiär ausgewiesene Maßnahme erlaubt sein.

[229] Dazu *Lepsius*, JuS 2018, 950 (951).

[230] Neben Art. 109 III GG betrifft dies insbesondere Art. 114 II 1 GG.

[231] *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., Rn. 72.

[232] Zur Sonderstellung von Art. 1 I GG *Epping*, Grundrechte, 8. Aufl., Rn. 591.

[233] So ausdrücklich sowohl § 6 I HGrG als auch § 7 I Nds. LHO.

[234] Der Wortlaut des Art. 114 II 1 GG greift insoweit ersichtlich zu kurz, zutreffend dazu *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 18; *v. Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 65.

lässt sich jedoch nicht automatisch der Schluss ziehen, dass diese Grundsätze zwingend die Beschneidung grundrechtlicher Positionen erlauben müssten. Dies kann so pauschal nicht überzeugen, weil sich Wirtschaftlichkeitserwägungen in Form der Einsparung entstehender Kosten ebenso auf anderem Wege vornehmen lassen. So könnte man aus Kostengründen Abstriche bei der Aufklärung bestimmter Sachverhalte machen und daher das Knappheitsproblem nicht zulasten der Grundrechte des Betroffenen, sondern zulasten des Legalitätsprinzips auflösen.[235] Dem haushaltsrechtlichen Argument darf keine absolute Geltung für jede einzelne Maßnahme einer Strafverfolgungsbehörde attestiert werden.

Schließlich zeigt sich, dass eine haushaltsrechtlich orientierte Argumentation auf ein gefährliches Verständnis von Sparsamkeit hinauslaufen kann. Beispielsweise verweist *Blozik*[236] in diesem Rahmen auf eine Äußerung *Grupps*[237]:

> „[…] selbst in denjenigen Bereichen, in denen die Regelungsintensität sehr hoch ist – wie vor allem in der Eingriffsverwaltung –, bleibt partiell noch Raum für Wirtschaftlichkeitsüberlegungen, etwa wenn die Polizei die Möglichkeit der Wahl zwischen mehreren Eingriffsmaßnahmen hat, die in gleicher Weise rechtmäßig sind.“

In dem hier erörterten Zusammenhang unter Bezugnahme auf das Zitat zwei zur Auswahl stehende Ermittlungsmaßnahmen als rechtmäßig zu deklarieren, erscheint äußerst problematisch. Die Heranziehung des Zitats mag ansatzweise im Einzelfall für eine Maßnahme auf Grundlage einer Subsidiaritätsklausel zutreffend sein, da dort richtigerweise fiskalische Interessen des Staates der Maßnahme im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zur Rechtmäßigkeit verhelfen können. Auch dort muss aber zur Rechtmäßigkeit der Maßnahme die Verhältnismäßigkeit erst austariert werden, sodass die Schlagkraft des Kostenarguments ein Belang der konkreten Abwägung bleibt. Folglich präjudizieren die haushaltsrechtlichen Vorgaben das Ergebnis nicht.

Im Bereich außerhalb der subsidiären Maßnahmen ist die Sachlage eine andere, da dort die Ressourcenschonung kein dem Gesetzeswortlaut zu entnehmender Zweck ist. Mit Blick auf die Wortlautauslegung als Ausgangspunkt stehen dann vielmehr zwei Maßnahmen zur Auswahl, von denen eine als rechtmäßig (= die grundrechtsschonendere Maßnahme) und eine als rechtswidrig (= die grundrechtsbelastendere Maßnahme) auszuweisen ist. Keineswegs darf daher die kostenintensivere Maßnahme von Anfang an als rechtswidrig etikettiert werden.

Eine andere Beurteilung ergibt sich nur, wenn man den eingangs geschilderten Beispielsfall wie folgt abändert:

---

[235] Inwieweit Kostenerwägungen Abstriche bei der Realisierung des Legalitätsprinzips zulassen, wird im 3. Teil der Untersuchung geklärt.

[236] *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 147.

[237] *Grupp*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., § 19 Rn. 29, zitiert nach Blozik, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 148 Fn. 560.

> Dem die Ermittlungen leitenden Staatsanwalt stehen zur Sachverhaltsaufklärung die Maßnahmen a und b zur Verfügung. Dabei liegt der konkrete Fall so, dass die Grundrechtsbelastung bei der Anwendung der jeweiligen Maßnahme im Vergleich zur anderen Maßnahme identisch wäre. Die Maßnahme a würde höhere Kosten verursachen als die Maßnahme b. Der Staatsanwalt ordnet daher die Maßnahme b an.

Für einen solchen Beispielsfall darf die Aussage *Grupps*[238] ohne Einschränkungen Geltung beanspruchen. Die Anordnung der Maßnahme *b* ist hier unproblematisch rechtmäßig und mit Blick auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit unerlässlich. Mit anderen Worten erscheint nur hier die Wahl der kostengünstigeren Maßnahme aus haushaltsrechtlichen Gründen zwingend, denn anders als im Fall zweier Maßnahmen mit unterschiedlicher Eingriffsintensität steht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht entgegen. Dass in diesem Fall die kostengünstigere Maßnahme ergriffen werden muss, ist selbstverständlich und bedarf deshalb keiner weitergehenden Erörterung.

(c) Undurchführbarkeit einer Wirtschaftlichkeitsprüfung

Das dritte und wichtigste Argument gegen die haushaltsrechtliche Argumentation ist die Erkenntnis, dass diese auch in ihrer inhaltlichen Kernaussage nicht in Gänze überzeugt. Bei Lichte betrachtet verstößt die Wahl der grundrechtsschonenderen, aber kostenintensiveren Maßnahme nicht gegen die aus den haushaltsrechtlichen Normen folgenden Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Das zeigt sich an der oben angedeuteten Definition des Wirtschaftlichkeitskriteriums, wonach ein optimales Verhältnis zwischen Zielerreichung und Ressourceneinsatz anzustreben ist.[239] Es besteht insofern im Strafprozessrecht ein immenses Problem hinsichtlich der Formulierung der Zielbestimmung.[240] Obwohl insoweit keineswegs Einigkeit besteht,[241] ist doch durchweg anerkannt, dass in jeder Formulierung des Verfahrensziels die Wahrung der Beschuldigtenrechte als maßgebliche Teilgröße auftreten und ihren Niederschlag finden muss.[242] Dies muss auch im Rahmen der strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen bedacht werden.[243] Wenn das Kostenargument dazu verwandt wird, eine grundrechtliche Position des Beschuldigten zu verkürzen, gefährdet beziehungsweise senkt dies die Zielerreichung und trägt folglich auch

238 *Grupp*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., § 19 Rn. 29, zitiert nach Blozik, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 148 Fn. 560.

239 *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 147 f.

240 Es ist ein generelles Problem bei der Wirtschaftlichkeitsüberprüfung, dass sich der Nutzen staatlicher Maßnahmen häufig nur eingeschränkt bemessen lässt, dazu Mangoldt/Klein/Stark-GG[7]/ *Schwarz*, Art. 114 Rn. 88.

241 Vgl. dazu beispielsweise *Murmann*, GA 2004, 65ff; *Rieß*, JR 2006, 269 (277).

242 Etwa *Kühl*, JuS 1986, 115 (117); *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (19); Rath, GA 1997, 214; *Murmann*, Jus-Beilage 2007, 1.

243 Diese These wird unter D. I. näher expliziert.

dem Wirtschaftlichkeitspostulat nicht Rechnung. Die Ressourcenschonung konterkariert dann mit dem Grundrechtsschutz ein anerkanntes Teilziel des Strafverfahrens. Dass die Wirtschaftlichkeit nicht als tragender Pfeiler des Strafprozessrechts genannt wird,[244] findet eine gewisse Berechtigung also bereits in dem Umstand, dass sich eine echte Wirtschaftlichkeitsprüfung aufgrund normativer Gegebenheiten kaum vornehmen lässt.[245]

Die Überlegung, die zwingende Wahl der kostengünstigeren Maßnahme sei eine durch das Haushaltsrecht vorgegebene Forderung, ist nach alledem nicht weiter zu verfolgen.

d) Ergebnis zur Verhältnismäßigkeitsprüfung

Folglich muss es nach den bisherigen Erkenntnissen dabei bleiben, dass sich die Wahl der grundrechtsbelastenderen Maßnahme *a* als nicht erforderlich erweist. Das Argument der höheren Kostenbelastung des Staates hilft darüber nicht hinweg.

IV. Befundanalyse bezüglich der bisherigen Ergebnisse

1. Zwischenfazit

Zu konstatieren ist an diesem Punkt der Untersuchung, dass unter Zugrundelegung der bisher verwandten Begrifflichkeiten der Rechtsanwender im Rahmen einer streng durchgeführten Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anordnung von Maßnahmen, deren Rechtsgrundlage keine geeignete Subsidiaritätsklausel enthält, in keinem Fall aus Kostengründen auf die grundrechtsbelastendere Maßnahme ausweichen darf. Eine solche Anordnung wäre nicht erforderlich, da in Form der kostenintensiveren Maßnahme eine zur Sachverhaltsaufklärung mildere Alternativmaßnahme zur Verfügung steht.

Anders verhält sich dies hingegen bei Maßnahmen, deren Rechtsgrundlage eine passende Subsidiaritätsklausel enthält. Hier entspricht es einer korrekten Wortlautauslegung, dass auch die Schonung staatlicher Ressourcen einen durch den Gesetzgeber intendierten und zugleich verfassungsrechtlich legitimen Zweck darstellt, sodass die kostengünstigere und zugleich grundrechtsbelastendere Maßnahme nicht bei der Erforderlichkeitsprüfung durchfällt. Es bleibt dann auf der Ebene der Angemessenheit eine Frage der konkreten Abwägung im jeweiligen Einzelfall, ob auf die grundrechtsbelastendere Maßnahme zurückgegriffen werden darf.

---

244 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 285.

245 *Rabe*, Verständigungsurteil, S. 104 meint bezogen auf das Strafprozessrecht, Wirtschaftlichkeit sei als Methode nicht untersagt. Das ist nicht falsch, greift aber wohl in Sachverhalten mit Grundrechtsrelevanz zu kurz, da die Zulässigkeit einer Methode erst Bedeutung erlangt, wenn die Methode überhaupt sinnvoll angewendet werden kann.

2. Bewertung

Dieser Befund ist in Anbetracht der obigen Einleitung[246] wertungsmäßig unstimmig: Nach dem Willen des Gesetzgebers intendieren Subsidiaritätsklauseln gerade den Grundrechtsschutz des Betroffenen.[247] Dem bisherigen Ergebnis folgend bedeuten sie in der hier erörterten Konstellation eine tendenziell höhere Gefahr für seine Grundrechte. Es besteht somit ein ersichtliches Bedürfnis, die Frage, ob aus Kostengründen die grundrechtsbelastendere Maßnahme gewählt werden darf, einheitlich zu beantworten. Dafür sind nur zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder muss man das unter A. gefundene Ergebnis korrigieren, was die Konsequenz hätte, dass bei der Anwendung sämtlicher strafprozessrechtlicher Ermittlungsmaßnahmen aus Kostengründen niemals die grundrechtsbelastendere Maßnahme gewählt werden darf.[248] Oder man muss das Ergebnis zu den Ermittlungsmaßnahmen, die nicht auf Grundlage einer Subsidiaritätsklausel ergehen, neu denken. Dann gelangt man zu der Schlussfolgerung, dass im deutschen Strafprozessrecht der Beschuldigte im Rahmen des Verhältnismäßigen wegen monetärer Interessen des Staates auch einen grundrechtsbelastenderen Eingriff dulden muss.[249]

Setzt man an der zweitgenannten Option an, lässt sich eingangs festhalten, dass die Frage der Kostenberücksichtigung nicht anhand einer auf das Strafprozessrecht beschränkten Wortlautauslegung der jeweiligen Ermittlungsmaßnahmen beantwortet werden konnte. Eine Lösung kann folglich nur durch die Bemühung übergeordneter Belange gefunden werden, wofür nur solche des Verfassungsrechts in Betracht kommen. Der Einbeziehung der verfassungsrechtlichen Perspektive geht der folgende Teil der Untersuchung nach. Der aufgeworfene Beispielsfall kann erst nach den weiteren Überlegungen gelöst werden und wird dementsprechend an dieser Stelle aufgeschoben.[250]

246 B. I.

247 *Rieß*, in: GS Meyer, 367 (378).

248 Die Beschreitung dieses Weges erscheint wenig ertragreich, da es auch ohne eine exakte rechtliche Lösung auf der Hand liegt, dass es selbst im Bereich der Abwehrrechte eine Grenze existiert, wonach der Betroffene vom Staat nicht die Inkaufnahme abstruser, völlig unvernünftiger Aufwendungen verlangen kann, zutreffend dazu *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl., S. 35.

249 Befürwortend für den Fall einer einschlägigen Subsidiaritätsklausel *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 18.

250 Zur Lösung des Beispielsfalls siehe E. I.

C. Vorüberlegungen: Das Kostenargument im Spannungsfeld zwischen Strafprozessrecht und Verfassungsrecht

Bevor eine konkrete Lösung erarbeitet werden kann, muss im Sinne einer Grundlegung zunächst das Problem der Zulässigkeit einer Kostenargumentation erfasst werden. Dafür ist es ratsam, auf eine abstraktere Ebene zurückzutreten und zu beleuchten, wie sich die Problemstellung überblicksartig einerseits aus Sicht des Strafprozessrechts und andererseits des Verfassungsrechts gestaltet.

I. Die Bedeutung von Kostenerwägungen im Strafprozessrecht

Die bisherige Untersuchung lässt bereits erkennen, dass man sich im Strafprozessrecht mit entstehenden Kosten als Rechtsargument tendenziell schwertut.[251] Wer sich zum Thema äußert, sieht die Wirtschaftlichkeit nicht als tragendes Prinzip des Strafprozessrechts an.[252] Dies ist in erster Linie darauf zurückzuführen, dass die Strafprozessordnung keine Norm enthält, die wirtschaftliche Erwägungen ausdrücklich verlangt.[253] Überwiegend wird daraus (wohl stillschweigend als gegebene Selbstverständlichkeit) der Schluss gezogen, Wirtschaftlichkeitserwägungen seien mit dem Strafprozessrecht inkompatibel. So ist beispielsweise die Annahme vorzufinden, Kosten seien im Grundsatz unbeachtlich.[254] Auch das Legalitätsprinzip scheint mit Blick auf den Wortlaut zunächst keine Abstriche aus Kostengründen zuzulassen. Es entsteht somit insgesamt der Eindruck, staatlicherseits entstehende Kosten dürften im Rahmen der Strafverfolgung keine auch nur mitentscheidende Rolle spielen.[255] Dieser sehr eindeutig anmutende Befund lässt sich mittels einer historischen Betrachtung erklären. Die Grundpfeiler des Strafprozessrechts stammen aus einer Zeit, in der an die zwingende Notwendigkeit der Ressourcenschonung noch nicht so intensiv gedacht werden musste, beziehungsweise entsprach ein solches Denken nicht dem damaligen Zeitgeist.[256] *Viering* führt dies nachvollziehbar auf das früher vorherrschende Verständnis absoluter Straftheorien zurück.[257] Nach diesen hat die Strafe zweckfrei zu sein und ergeht ausschließlich um ihrer selbst willen.[258] „Nebenkriegsschauplätze" wie fiskalische Interessen des Staates sind in diesem Verständnis schwer unterzubringen.

---

[251] Gemeint damit ist die herrschende Meinung, die im Rahmen einer Subsidiaritätsklausel den Kostenaufwand für nicht berücksichtigungsfähig hält, siehe dazu oben A. II. 2. c) cc).

[252] *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 285; F. C. *Schroeder*, NJW 1983, 137; *Gollwitzer*, in: FS Kleinknecht, 147 (159).

[253] *Nestler*, JA 2012, 88 (89) erläutert dies plausibel mit dem Befund, die StPO sei in erster Linie durch das Legalitätsprinzip beherrscht.

[254] LR-StPO[25]/Schäfer, § 100a Rn. 43; § 110a Rn. 30.

[255] So *Nestler*, JA 2012, 88 (95).

[256] *Gollwitzer*, in: FS Kleinknecht, 147.

[257] *Viering*, Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems, S. 40.

[258] Dazu *Roxin/Greco*, StrafR AT I, 5. Aufl., § 3 Rn. 2 ff.

II. Die Bedeutung von Kostenerwägungen im Verfassungsrecht

Selbstverständlich entspricht dieses Verständnis des Strafprozessrechts nicht ansatzweise der praktischen Realität.[259] Da das Strafprozessrecht anerkanntermaßen „angewandtes Verfassungsrecht“ darstellt,[260] können sich wesentliche Erkenntnisse zur Zulässigkeit des Kostenarguments zwecks der Beschneidung von Beschuldigtenrechten aus grundgesetzlichen Wertungen ergeben. In der Rechtsliteratur wird hingegen zuweilen der umgekehrte Weg beschritten, indem die Annahme, aus der Verfassung könne folgen, dass im Rahmen der Strafverfolgung keine Kosten und Mühen gescheut werden dürften, für plausibel gehalten wird.[261] Wie sich im Folgenden zeigen wird, erfasst eine solche Annahme kaum den Stellenwert, den das Grundgesetz fiskalischen Erwägungen einräumt.

1. Differenzierung primärer und sekundärer Staatsziele

Um einen übergeordneten Bezug zwischen dem Kostenargument und dem Verfassungsrecht herzustellen, empfiehlt es sich zunächst, an die Typologisierung der Staatsziele nach primären und sekundären Belangen anzuknüpfen.[262] Als primäre Staatsziele gelten in der Staatslehre solche Ziele, die in unmittelbarer Weise auf „das gute Leben der Bürgerschaft“ einwirken,[263] wozu etwa die Freiheit und die Sicherheit der Bürger gehören. Fiskalische Bedürfnisse werden hingegen zu den sekundären Staatszielen gezählt, weil diese dem Staat bzw. der Staatsorganisation dienen.[264] Im Freiheitsstaat des Grundgesetzes dürfen solche sekundären Staatsziele keine Selbstzwecke sein und entfalten daher für sich gesehen keine legitimierende Kraft für Grundrechtseingriffe.[265] Die Legitimationswirkung ergibt sich erst durch die Verknüpfung mit dem jeweiligen primären Staatsziel, dem das sekundäre Staatsziel dienen soll.[266]

---

259 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 281.

260 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 2 Rn. 20.

261 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 280.

262 Zu dieser Typologisierung *Isensee*, in: Ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 73 Rn. 25.

263 *Isensee*, in: Ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 73 Rn. 26; ähnlich *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts, 2. Aufl., S. 456 f.

264 *Isensee*, in: Ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 73 Rn. 26. Insoweit ist interessant, dass Isensee a. a. O. nicht nur fiskalische Bedürfnisse nennt, sondern zugleich auf die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege zu sprechen kommt.

265 *Isensee*, in: Ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 73 Rn. 26. Die Strafverfolgung als solche ist demzufolge ebenfalls kein Selbstzweck, der um seiner selbst geschehen darf, vgl. dazu *Niemöller/Schuppert*, AöR 1982, 387 (399 f.).

266 Zum Vorstehenden *Isensee*, in: Ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 73 Rn. 26.

2. Ressourcenschonung in der Strafrechtspflege als sekundäres Staatsziel

Dem folgend ist im hier interessierenden Sachzusammenhang festzustellen, dass ein staatliches Interesse an der Kostenschonung für sich gesehen kein tragfähiges Argument für einen (stärkeren) Grundrechtseingriff sein darf, weil es sich nur um ein Sekundärziel handelt. Die Legitimationswirkung kann sich erst mit Blick auf das hinter der Kostenüberlegung stehende Primärziel ergeben. Solange aber eine solche Rückführung möglich ist, darf aus verfassungsrechtlicher Perspektive eine entsprechende Legitimationswirkung zuerkannt werden.[267] Die Rückführung auf ein primäres Staatsziel ist hinsichtlich einer Kostenüberlegung im Bereich des Strafverfahrensrechts zumindest nicht selbstverständlich. Will man eine Verknüpfung zu einem primären Staatsziel herstellen, muss man den Gedanken verfolgen, dass die fehlende Berücksichtigung des staatlichen Aufwandes zu einem mangelnden Rechtsgüterschutz führen muss. Ein übertriebener Zeit- und Personalaufwand in dem einen Verfahren führt zwangsläufig zur späteren Bearbeitung eines anderen Verfahrens und gefährdet daher den dortigen Ermittlungserfolg.[268] Die Realisierung materieller Strafzwecke kommt in diesen Verfahren unzureichend zur Geltung, wodurch das Vertrauen in die Rechtsgeltung erschüttert wird und potenzielle Straftäter zur Begehung weiterer Straftaten motiviert werden. Für die Faktoren des Zeit- und Personalaufwandes leuchtet dieser Bedingungszusammenhang ohne Weiteres ein, da verfügbares Personal erkennbar eine endliche und unbestritten knapp bemessene Größe ist. Wie die obige Diskussion zu den Subsidiaritätsklauseln zeigt, wird dieser Annahme in der strafprozessrechtlichen Literatur überwiegend zugestimmt.[269] Ebenso wurde aber gezeigt, dass der Rekurs auf das Endlichkeitsfaktum im Bereich des Kostenaufwandes mehrheitlich abgelehnt wird.[270] Trotz der bereits geäußerten Kritik an dieser Auffassung ist zu sehen, dass ein außergewöhnlich hoher Kostenaufwand tatsächlich als solcher noch nicht befürchten lässt, andere Verfahren würden nicht oder nicht rechtzeitig bearbeitet werden. Für sich gesehen gefährden entstehende Kosten im einen Verfahren den Ermittlungserfolg in anderen Verfahren nicht.

Vollständig erklärbar wird dieses Problem nicht schon durch die rein strafprozessrechtsimmanente Betrachtung, sondern erst durch einen darüberhinausgehenden Gedankengang: Ein überbordender Einsatz finanzieller Mittel im Bereich der Strafverfolgung würde sich konsequenterweise vor allem in einem zweiten Glied bemerkbar machen: bei der Erfüllung anderer Staatsaufgaben, für die geringere Mittel übrig blieben. Diese bereits zuvor angerissene These[271] soll im Folgenden in Form eines vereinfachten Modells näher expliziert werden.

---

[267] Zutreffend *Schmidt-Jortzig*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, S. 505, (511 f.); a.A.: *Hassemer*, StV 1982, 275 (279); *Riehle*, KJ 1980, 316.

[268] Ähnlich *Ambs*, in: GS Meyer, 7 (17).

[269] Siehe oben A. II. 2. c) bb).

[270] Siehe oben A. II. 2. c) cc).

[271] Siehe oben A. II. 2. c) cc) (1).

3. Ressourcenschonung zum Zwecke der Bewältigung anderer Staatsaufgaben

Als Ausgangspunkt muss man anerkennen, dass jedem Hoheitsträger, hier somit in erster Linie der Bundesrepublik Deutschland und den Bundesländern, zur Bewältigung verschiedenster öffentlicher Aufgaben nur ein bestimmtes Budget pro Jahr zur Verfügung steht,[272] das sich aus dem für das entsprechende Jahr geltenden Haushaltsplan ermitteln lässt.[273]

Die Endlichkeit der zur Verfügung stehenden Mittel lässt sich anhand verschiedener Dimensionen deutlich machen.[274] Erstens ist aufgrund der in Art. 109 III 1 GG kodifizierten Schuldenbremse[275] zwingend vorgeschrieben,[276] dass das ausgewiesene Budget bis auf wenige Ausnahmen nicht überschritten werden darf. Sowohl die Haushalte des Bundes als auch der Länder sollen nach dieser Norm grundsätzlich ohne Kreditaufnahmen ausgeglichen werden.

Zudem hat abseits rechtlicher Vorgaben die Corona-Pandemie nie dagewesene Löcher in die öffentlichen Haushalte gerissen und auf diesem Wege die Problematik in tatsächlicher Hinsicht immens verschärft.[277] Die Einmaligkeit dieser Situation in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland kann auch für die staatliche Aufgabenerfüllung in rechtlicher Hinsicht nicht ohne Konsequenzen bleiben.[278] Gegenwärtig ist die Notwendigkeit der Budgeteinhaltung bei der Erfüllung sämtlicher Staatsaufgaben in besonderem Maße transparent, da neben immensen Einbußen bei den Steuereinnahmen auch Ausgaben in Form von Hilfsmaßnahmen durch den Staat zu bewältigen sind, die noch vor wenigen Jahren undenkbar erschienen.[279]

Schließlich kann aber auch ohne die Berücksichtigung außergewöhnlicher Umstände in tatsächlicher Hinsicht und der im Grundgesetz verankerten Schuldenbremse im Rahmen der Bewältigung staatlicher Aufgaben aus staatsrechtlicher Perspektive in einem generellen Sinn nicht von der Möglichkeit des Staates, sich beliebig zu verschulden, ausgegangen werden.[280] Eine solche Vorgehensweise läuft letztlich dem Gemeinwohl zuwider und müsste deshalb den Staat als solchen infrage

---

[272] *Schmidtchen/Weth*, in: Dies., Der Effizienz auf der Spur, S. 237 (245) sprechen hinsichtlich der Aufteilung des Staatsbudgets zurecht von einer Konkurrenz zwischen den Ministerien.

[273] Dazu BeckOK-GG[48]/Reimer, Art. 110 Rn. 7.

[274] Dass die dem Staat zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel endlich sind, erscheint selbstverständlich, wird in Abhandlungen zum Strafprozessrecht jedoch selten thematisiert. Auf das Problem eingehend *Viering*, Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems, S. 40.

[275] Dazu etwa *Seiler*, JZ 2009, 721 ff.; *Lenz/Burgbacher*, NJW 2009, 2561 ff.

[276] Für die Jahre 2020 und 2021 ist die „Schuldenbremse" ausgesetzt worden.

[277] Vgl. nur https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-10/coronavirus-krise-kosten-gesundheitssystem-konjunkturprogramme-wirtschaft-wiederaufbau; *Dorn* u. a., ifo Schnelldienst 4/2020, S. 29–35; https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/kosten-der-corona-hilfen-1900-000-000-000-euro-16761836.html.

[278] *Schwarz*, Haushaltsverfassungsrecht in Zeiten der Corona-Krise, CoVuR 2020, 74.

[279] Etwa die Hilfen für gesamte Wirtschaftszweige wegen des mehrfachen Lockdowns.

[280] Dazu etwa BVerfG, NJW 1989, 2457.

stellen.[281] Sowohl in Krisen- als auch in Wohlstandszeiten offenbart sich daher auf der obersten Ebene von Anfang an die Notwendigkeit einer Allokation.[282] Das dem jeweiligen Hoheitsträger zur Verfügung stehende Gesamtbudget muss auf die jeweils zu erfüllenden Staatsaufgaben verteilt werden, wobei zugunsten keiner Staatsaufgabe, auch nicht der grundrechtssensiblen Strafverfolgung, davon ausgegangen werden darf, für sie müssten unbegrenzte finanzielle Mittel bereitgestellt werden. Nähert man sich von diesem Standpunkt aus dem Problem, ist es mit Blick auf das Demokratieprinzip im Grundsatz selbstverständlich, dass je nach Priorisierung des Gesetzgebers bestimmten Aufgaben ein höheres Gewicht und infolgedessen auch eine umfänglichere Finanzausstattung zugebilligt wird als anderen.[283] Im Ausgangspunkt handelt es sich um eine durch das Endlichkeitsfaktum notwendig gewordene politische Gewichtungsfrage.[284] Das in der strafprozessrechtlichen Literatur vorgetragene Postulat, der Staat müsse die zur Strafverfolgung erforderlichen Mittel schlicht bereitstellen,[285] erscheint schon nach diesen ersten Überlegungen zur verfassungsrechtlichen Bedeutung des Kostenarguments zweifelhaft. Vielmehr ist aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel festzuhalten, dass das staatliche Interesse an der Kostenschonung letztlich auf die Sicherstellung der Bewältigung anderer Staatsaufgaben in dem Maße, das der Gesetzgeber im Rahmen seiner politischen Entscheidung vorgegeben hat, abzielt.[286] Auf diesem Wege zeigt sich zugleich, dass die Berücksichtigung von Kosten nicht ausschließlich eine außerrechtliche Gegebenheit sein kann,[287] weil die Bewältigung sämtlicher Staatsaufgaben eine rechtliche, durch das Grundgesetz erhobene Forderung darstellt.[288] Auf Basis dieser Erkenntnis fällt die Herstellung eines tragfähigen Bezuges zu einer Vielzahl primärer Staatsziele nicht mehr schwer: Eine kostenberücksichtigende Aufgabenerfüllung belässt im Rahmen anderer Aufgaben den vorgesehenen Handlungsspielraum und fördert daher pri-

281 Mit Blick auf die Generationengerechtigkeit *Osterloh*, NJW 1990, 145 (146). Zum Zusammenhang zwischen der ökonomischen Entwicklung und dem Begriff der Nachhaltigkeit, *Murswiek*, NuR 2002, 641 (642).

282 Vgl. zum Problem der Ressourcenallokation aus rechtswissenschaftlicher Perspektive *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 48 f.

283 Die Wichtigkeit der Strafverfolgungstätigkeit betonend etwa *Rieß*, StraFo 2000, 364 (367), der darauf hinweist, die gesamte Justiz belaste die öffentlichen Haushalte mit nicht mehr als 1-2 %; ebenso *Vultejus*, ZRP 1997, 433 (434).

284 Zutreffend *Voßkuhle*, Die Verwaltung 2002, Beiheft 5, 35 (49): „Die Frage lautet dann: Wieviel ist der Gemeinschaft die Justiz im Vergleich zu anderen Kosten verursachenden Staatsaufgaben wert?".

285 So etwa KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 4. Es können aber nur Mittel verteilt werden, die auch vorhanden sind.

286 Zutreffend *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 37, der die Haushaltsautonomie als Möglichkeit des Gemeinwesens, auf fiskalischem Wege demokratische Gestaltungsfähigkeit an den Tag zu legen, kennzeichnet.

287 So aber *Nestler*, JA 2012, 88 (95).

288 Ein Mindestmaß an Effektivität bei der Aufgabenerfüllung muss gewährleistet sein, da anderenfalls eine Verletzung des Untermaßverbots droht, dazu Klein, JuS 2006, 960 (961).

märe Staatsziele wie die Gewährleistung der Sicherheit der Bürger, den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen oder die Aufrechterhaltung einer guten Infrastruktur, die die Bürger nutzen können.[289] Ohne eine gewisse Kostenberücksichtigung wäre die Erfüllung primärer Staatsziele gefährdet, sodass eine Kostenerwägung die Legitimation grundrechtlicher Eingriffe zumindest mittragen können muss.[290]

4. Ergebnis

Nach einem ersten Überblick lässt sich zusammenfassen, dass die Strafprozessordnung die Problematik der Ressourcenknappheit nach traditioneller Lesart kaum zu berücksichtigen scheint, wohingegen die rechtliche Relevanz fiskalischer Argumente verfassungsrechtlich offensichtlich ist. Dem mit Abwägungsnotwendigkeiten vertrauten Verfassungsrecht sind absolute Geltungsansprüche, mit Ausnahme der Menschenwürde aus Art. 1 I GG, weitestgehend fremd. Die Abwägung verschiedener Belange ist dort vielmehr der Normalzustand.[291] Dieser Aspekt wird möglicherweise bei der Erörterung der Bedeutung des Kostenarguments im Strafprozessrecht zu wenig miteinbezogen.[292] Kurzum: Die Entscheidung über die rechtliche Legitimität fiskalischer Argumentationen im Strafprozessrecht lässt sich nicht ohne Rückgriff auf verfassungsrechtliche Wertungen treffen. Auch bei der Erforschung dieser Problematik erweist sich die Deklarierung des Strafprozessrechts als „angewandtes Verfassungsrecht“ als zutreffend.[293]

III. Konsequenzen des Allokationserfordernisses für das Strafprozessrecht

In den Blick genommen werden müssen dann die Auswirkungen, die das soeben erörterte Endlichkeits- und Verteilungsproblem für die Strafverfolgungsbehörden mit sich bringt. Beschrieben wurde, dass ein gewisses Maß an Kostenberücksichtigung unerlässlich ist, wenn die Erfüllung anderer Staatsaufgaben nicht in Zweifel gestellt werden soll, was nur durch die Ausweisung und Einhaltung eines vorgegebenen Budgets realisierbar ist. Auch innerhalb der Staatsaufgabe „Strafverfolgung“ kann dieser Leitgedanke nicht ohne Konsequenzen für die unteren Ebenen staatlicher Aufgabenbewältigung bleiben.

---

289 Aufzählung nach *Isensee*, in: Ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 73 Rn. 26.

290 Angesprochen ist damit ausschließlich die Zulässigkeit des Kostenarguments als solche, nicht dessen Wirkungsgrad.

291 *Hofmann*, in: van Aaken/Schmid-Lübbert, Beiträge zur ökonomischen Theorie im Recht, S. 135 (136).

292 Beispielsweise von *Nestler*, JA 2012, 88 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 279; den Konkordanzgedanken als verfassungsrechtlichen Ansatz bemühend hingegen *Gollwitzer*, in: FS Kleinknecht, 147 (151 f.).

293 Begriff hier übernommen von *Eschelbach/Gieg/Schulz*, NStZ 2000, 565.

1. Endlichkeit der Ressourcen im Rahmen der Verfahrensbewältigung

Steht im Haushaltsplan für die Bewältigung jeder Staatsaufgabe nur ein bestimmtes Budget zur Verfügung, ergibt sich auch zur Erfüllung der Staatsaufgabe „Strafverfolgung" nur ein bestimmter, zahlenmäßig fassbarer Betrag, der im Kern nicht überschritten werden darf.[294]

Auf der nächstkleineren Ebene ist die Überlegung dann fortzusetzen. Der den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung stehende Betrag muss seinerseits durch die Justizverwaltungen möglichst optimal auf die zu erledigenden Verfahren beziehungsweise auf die vorhandenen Staatsanwaltschaften und Gerichte verteilt werden. Das generelle Allokationsproblem dringt dann in untere Ebenen durch, weil es in der Logik der Budgetierung keinen „Nachschlag"[295] gibt. Wie das Ergebnis der jeweiligen Alllokation ausfällt, lässt sich praktisch aus den in den Einzelplänen des Haushaltsplans für jedes Ministerium festgeschriebenen Zahlen ablesen. Beispielsweise ist dem Entwurf des Einzelplans des Niedersächsischen Justizministeriums[296] zu entnehmen, dass für den Zuständigkeitsbereich der Generalstaatsanwaltschaft Braunschweig im Jahr 2021 von 136.000 Eingängen im Bereich des Produkts „Strafverfahren und Verfahren nach dem OWiG" ausgegangen wird (sogenannte „Leistungsmenge pro Stück"). Dem ist ein Zielkostenbetrag pro Eingang von 155, 88 € zugeordnet. Insgesamt wurde daher ein Betrag von 21.200.000 € veranschlagt. Die betriebswirtschaftlich orientierte Terminologie aus der Kosten- und Leistungsrechnung spricht an dieser Stelle für sich.[297]

Theoretische Unsicherheit besteht hinsichtlich der Frage, ob die Bemessung des Zielkostenbetrages eine optimale Verfahrensbewältigung erlaubt. Als optimal könnte im hier interessierenden Sachzusammenhang die Erledigung sämtlicher anfallender Verfahren gemäß den Vorschriften der Strafprozessordnung gelten, ohne dass dabei die Anwendung einer Norm des Strafprozessrechts durch Kostenerwägungen eine Einschränkung erfahren müsste. Ein solches Optimum entspricht nicht der Realität,[298] weil sich der zugrunde liegende Etat zunächst gerade nicht nach der Frage bemisst, wie hoch der Einsatz finanzieller Mittel sein müsste, damit jedes Strafverfahren unter voller Berücksichtigung aller Verfahrensprinzipien gewährleistet werden kann. Der Ansatz, die Staatsanwaltschaften und Gerichte sollten im Rahmen der Einführung des Kostencontrollings ihren entsprechenden Bedarf mitteilen,[299] verliert dadurch an Bedeutung, dass ein Bedarf an finanziellen

[294] Gemeint sind hiermit sämtliche finanziellen Mittel, die im Einzelplan des Justizministeriums den Strafverfolgungsbehörden zugewiesen werden.

[295] Begriff übernommen von *Eifert*, VerW 30 (1997), 75 (78). Er meint damit, dass im Konzept des NSM (Neues Steuerungsmodell) die jeweilige Zuweisung finanzieller Mittel abschließend ist.

[296] Abrufbar unter https://www.mf.niedersachsen.de/startseite/themen/haushalt/haushaltsrecht_inklusive_haushaltsplane/haushaltsplan_2021/der-weg-zuruck-zum-ausgeglichenen-haushalt-190335.html.

[297] Ähnlich *Schütz*, in: Hill/Dieckmann, Moderne Justiz, S. 57: „Selbstverständlichkeit".

[298] Zutreffend *Hamm*, NJW 1996, 236 (237).

[299] *Behrens*, ZRP 1998, 386 (388).

Mitteln nur zugeteilt werden kann, soweit der entsprechende Haushalt es hergibt beziehungsweise soweit dem zuständigen Ministerium finanzielle Mittel zugewiesen sind. Folglich kann es nur um die Frage gehen, wie im Rahmen des gegebenen Etats möglichst viele Verfahren unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Rechte der Betroffenen durchgeführt werden können. Aufgrund der unbestritten[300] knappen Bemessung ist daher unzweifelhaft, dass nicht nur der Haushaltsgesetzgeber vor dem Allokationsproblem steht. „Selbsthilfemaßnahmen“ der Justiz wie die Einführung der Verfahrensabsprache wären anderenfalls nicht notwendig gewesen.[301]

2. Endlichkeit der Ressourcen im Rahmen der konkreten Rechtsanwendung durch den Staatsanwalt

Setzt man schließlich den Gedankengang um eine weitere Ebene „nach unten“ fort, gelangt man zu den Konsequenzen für die konkrete Rechtsanwendung durch die Staatsanwaltschaft.[302] Diese Ebene ist für den hiesigen Untersuchungsgegenstand die interessanteste, da sich die Kostenausstattung hier im Außenverhältnis zu den Verfahrensbeteiligten bemerkbar machen kann.

Die Verfahrensweise muss so ausgestaltet werden, dass der oben genannte Zielkostenbetrag von durchschnittlich 155, 88 € nicht überschritten wird. Wenn ein Staatsanwalt alle Verfahren „optimal“, das heißt mit höchster Ermittlungsintensität und ohne Vornahme jedweder Einschnitte aus Kostengründen zulasten der Sachaufklärung oder der Beschuldigtenrechte betreibt, wird er den vorgegebenen Zielkostenbetrag nicht einhalten können und auf diesem Wege eine Überschreitung des ausgewiesenen Budgets verursachen.

Da ein Staatsanwalt das zur Verfügung stehende Ermittlungsbudget nicht stets vor Augen haben kann,[303] wird er generell im Sinne der Kostenschonung agieren und auf diese Weise den entstehenden Aufwand und damit die staatlicherseits entstehenden Kosten durchgängig möglichst geringhalten.[304] Insbesondere die in Nr. 5a RiStBV zum Ausdruck kommende latente Anmahnung zur Kostenschonung gewährleistet, dass der ermittelnde Staatsanwalt den jährlich zur Verfügung stehenden Etat nicht erheblich überschreitet.[305] Um eine Budgetüberschreitung zu verhindern, muss im Rahmen der laufenden Verfahren zumindest darauf geachtet werden, wann entste-

300 Allgemeine Meinung, vgl. nur *Behrens*, ZRP 1998, 386 (387); *Zeidler*, DRiZ 1984, 251; Simone *Mayer*, in: Schmidtchen/Weth, Der Effizienz auf der Spur, S. 139 (149); *Ring*, ZRP 2017, 24.

301 Dazu *Wohlers*, NJW 2010, 2470.

302 Zur Einführung eines Kostenmanagements auf unteren Ebenen *Behrens*, ZRP 1998, 386ff; kritisch dagegen *Teetzmann*, DRiZ 1997, 493.

303 *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 17.

304 Dieses durchgängige Spargebot bewirkt de facto die aus den Wirtschaftswissenschaften bekannte „Budgetrestriktion“: Es dürfen nicht mehr als die gegebenen Mittel eingesetzt werden. Zur Budgetrestriktion *Breyer*, Mikroökonomik, 7. Aufl., S. 153.

305 Im Bereich des Verwaltungsrechts wird dieser Gedanke stärker repräsentiert. Dort spricht man von einem „Grundsatz der Verfahrenseffizienz“, siehe etwa Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG[9]/ *Schmitz*, § 9 Rn. 76 ff.

hende Kosten außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen. Dies lässt es nicht zu, nach dem Credo „Koste es, was es wolle!“ zu verfahren. Mit anderen Worten müssen im Rahmen der Strafverfolgungstätigkeit Abstriche – sei es zulasten des Betroffenen[306] oder zulasten des Legalitätsprinzips – hingenommen werden. *Blozik* nennt in diesem Zusammenhang als Beispiel, es habe sich in der baden-württembergischen Praxis etabliert, dass jeder Polizeidienststelle ein bestimmtes Ermittlungsbudget zugewiesen sei, das nur ausnahmsweise, durch Zugriff auf einen „Nottopf“ überschritten werden dürfe.[307] Vor dem Hintergrund einer solchen Verfahrensweise ist die Behauptung, das Instrument des Kostencontrollings tangiere das Legalitätsprinzip nicht,[308] mit der praktischen Realität kaum in Einklang zu bringen. Gleiches gilt dementsprechend für den Schutz der Grundrechte eines von Strafverfolgung betroffenen Individuums.

Das Allokationsproblem verbleibt folglich nicht ausschließlich im Bereich der internen Staatsorganisation, sondern tritt in das Staat-Bürger-Verhältnis über.[309] Da sich an dieser Stelle die Endlichkeit finanzieller Mittel aus dem Binnenbereich der Justiz auf das Verhältnis zu den Bürgern externalisiert,[310] kann auch die Anwendung der Strafprozessordnung nicht gänzlich frei von Kostenerwägungen erfolgen.

3. Ergebnis

Zur Einhaltung der gesetzgeberischen Entscheidung und zur Erfüllung anderer Staatsaufgaben ist unerlässlich, dass der für die Strafverfolgung zur Verfügung stehende Etat als endlich erkannt und im Kern nicht überschritten wird. Für das Strafprozessrecht bedeutet dies, dass die Schonung finanzieller Ressourcen in dem einen Verfahren die ordnungsgemäße Bewältigung der anderen Verfahren ermöglicht.[311] Wird in dem einen Verfahren der Einsatz finanzieller Mittel überstrapaziert, muss im Rahmen anderer Verfahren auf günstigere und mitunter weniger erfolgversprechende oder den Betroffenen stärker belastende Ermittlungsmaßnahmen zurückgegriffen werden. So wird erklärlich, dass entgegen der vorherrschenden Meinung[312] für entstehende Kosten im engeren Sinn nichts anderes gilt als für den zeitlichen und personellen Aufwand: Das Endlichkeitspostulat beansprucht für jede der genannten Aufwandsarten seine Geltung.

---

[306] Gemeint ist der hier besprochene Fall, in dem zulasten der Grundrechte des Betroffenen eine kostenschonendere Maßnahme ergriffen wird.

[307] *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 149 Fn. 564.

[308] *Behrens*, ZRP 1998, 386 (388).

[309] Ähnlich *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 17. Auch *Nestler*, JA 2012, 88 (95) streitet dies nicht ab. Sie meint jedoch, eine Wirtschaftlichkeitserwägung dürfe sich bei der Anwendung der StPO nicht auswirken.

[310] Formulierung angelehnt an Schoch/Schneider-VwVfG/Rixen, § 10 Rn. 28.

[311] *Hassemer*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 529 (534) betont, die Strafjustiz solle sich und andere nicht mit Kosten beladen, die sich nicht „lohnen“. Dies kann im hier beschriebenen Sinn für richtig befunden werden: Durch ein kostenblindes Vorgehen können weder die Strafverfolgung noch andere Staatsaufgaben effektiv erfüllt werden.

[312] Siehe oben A. I. 2. c) cc).

D. Einschränkungen von Beschuldigtenrechten durch den Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“

I. Anmerkungen zum Ziel strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen

Nachdem die Berücksichtigung des Kostenaufwandes im Rahmen der strafprozessualen Rechtsanwendung als zwingend erkannt wurde, muss nun der Frage nachgegangen werden, wie diese Erkenntnis in die Lösung des aufgeworfenen Problems[313] implementiert werden kann. Konkret formuliert ist zu überlegen, warum die Ressourcenschonung in Fällen zweier zur Auswahl stehender nicht-subsidiärer Ermittlungsmaßnahmen trotz fehlender Erwähnung im Wortlaut dennoch als ein jeder Ermittlungsmaßnahme immanenter Zweck berücksichtigungsfähig sein könnte.

Dafür lohnt es sich, den Blick weg von einer spezifischen Maßnahme hin zur Konzeption der Ermittlungsmaßnahmen als Gesamtsystem zu richten. So wird in der strafprozessrechtlichen Literatur der Zweck der entsprechenden Maßnahme selten explizit genannt.[314] Vielmehr ist zu lesen, welche Kriterien im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzuwägen sind, wobei entscheidend sein soll, dass der erfolgende Grundrechtseingriff zumutbar bleibt.[315] Das Interesse, das mit der grundrechtlichen Position in Widerstreit gerät, wird üblicherweise durch Kriterien wie die Schwere des Tatvorwurfs, den Verdachtsgrad, den Wert des Beweismittels oder die Erfolgsaussichten der Maßnahme konkretisiert.[316] Die aufgezählten Gesichtspunkte sind freilich solche, die erst im jeweiligen Einzelfall konkret gewichtet werden können.[317] Zu beleuchten bleibt, warum diese Gesichtspunkte im Generellen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ihr Gepräge verleihen. Diesbezüglich ist zu betonen, dass Ermittlungsmaßnahmen der Sicherung des Verfahrensziels dienen.[318] Die Existenz von Ermittlungsmaßnahmen und die Nennung von Aspekten wie des Tatvorwurfs oder der Erfolgsaussichten der Maßnahme tragen zunächst dem schlichten Umstand Rechnung, dass die Aufklärung des Sachverhalts regelmäßig nicht anders als durch die Vornahme von Grundrechtseingriffen in Form strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen erreicht werden kann.[319] Ermittlungsmaßnahmen verfolgen so gesehen stets das Ziel, dem „Erfordernis einer effektiven Strafrechtspflege“[320]

---

313 Siehe die Ausführungen zum Beispielsfall unter B. III.

314 Das heißt, es wird nicht – wie sonst im öffentlichen Recht üblich – der Zweck der Maßnahme gesondert vorangestellt und sodann das verwendete Mittel hierzu durch die Kriterien „Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit“ in Relation gesetzt.

315 KK-StPO[8]/Fischer, Einleitung Rn. 130.

316 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 24 Rn. 406; ähnlich KK-StPO[8]/Greven, Vor. §§ 94 ff. Rn. 6.

317 KK-StPO[8]/Greven, Vor. §§ 94 ff. Rn. 6.

318 KK-StPO[8]/Fischer, Einleitung Rn. 150; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 24 Rn. 406.

319 Zutreffend *Rabe*, Verständigungsurteil, S. 99: „Die gemeinschaftsbezogene Schutzrichtung lässt es denklogisch nicht zu, die im Strafverfahren betroffenen Rechte des Einzelnen vollständig zu verwirklichen bzw. unangetastet zu lassen.“

320 *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl., S. 166.

Rechnung zu tragen. Es ist das Erfordernis einer effektiven Strafrechtspflege, das als Zweck einer Ermittlungsmaßnahme so gewichtig ausfallen kann, dass es die grundrechtliche Position des Betroffenen überwiegt und auf diesem Wege zum Zurücktreten zwingt. Eine effektive Strafverfolgungstätigkeit ist wiederum eine notwendige Voraussetzung für die Erreichung des gesamten Ziels des Strafverfahrens. Die Nennung des einen Begriffs ist folglich ohne Nennung des anderen nicht denkbar.[321]

Nun ist die Schonung staatlicher Ressourcen kein Ziel staatlicher Strafverfolgungstätigkeit. Zugleich lässt sich ein Bedingungszusammenhang zwischen dem Ziel des Strafverfahrens und dem Bedürfnis der Schonung staatlicher Ressourcen nicht leugnen: Beachtet man im Sinne der vorherigen Überlegungen, dass die staatliche Strafverfolgungstätigkeit am Problem der Endlichkeit finanzieller Mittel partizipiert, lassen es die Formulierungen „Erfordernis einer effektiven Strafrechtspflege" und „Interesse an einer effizienten Strafverfolgung"[322] schon naheliegender erscheinen, den staatlichen Aufwand im Rahmen jeder Ermittlungsmaßnahme zumindest mitzuberücksichtigen,[323] da sich die Berücksichtigung entstehender Kosten als notwendige Bedingung und Kennzeichen einer funktionierenden[324] Strafrechtspflege erwiesen hat.

Akzeptiert man, dass eine effektive Strafverfolgungstätigkeit eine notwendige Voraussetzung zur Erreichung des insgesamten Ziels des Strafverfahrens ist,[325] so offenbart sich hinsichtlich der Anerkennung der Kostenschonung als Bedürfnis der Strafrechtspflegetätigkeit jedoch ein eigenartiges Problem: Die Beurteilung der Zielerreichung erfolgt im Strafprozessrecht herkömmlicherweise nur anhand solcher Parameter, die das konkret betroffene Verfahren angehen.[326] Dies zeigt sich daran, dass der Eintritt von Rechtsfrieden stets von der Aufklärung eines spezifischen Sachverhalts unter der Wahrung grundrechtlicher Positionen eines konkret betroffenen Beschuldigten abhängig gemacht wird.[327] Das Bestreben, Rechtsfrieden zu stiften,

---

321 Diesen Zusammenhang zwischen dem Erfordernis einer effektiven Strafrechtspflege und der insgesamten Prozesszielbestimmung halten auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., § 1 Rn. 7 für „nicht falsch".

322 So etwa der Begriff bei *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 15.

323 Vor allem im Bereich des Legalitätsprinzips wird in Erwägung gezogen, dass eine Verfahrensweise ohne die Vornahme gewisser Abstriche zur Funktionsunfähigkeit der Strafrechtspflege führen müsste, so ausdrücklich *Schulenberg*, JuS 2004, 765.

324 Zur Frage, ob der Begriff der Funktionsfähigkeit in semantischer Hinsicht der exakt richtige ist, siehe unten D. VI. 2. b) ee) (2) (a).

325 Zutreffend *Murmann*, Jus-Beilage 2007, 1, wo eine funktionstüchtige Strafrechtspflege als Voraussetzung für materielle Gerechtigkeit gekennzeichnet wird. Ähnlich aus rechtsphilosophischer Perspektive *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, S. 194.

326 Dieses Problem wird – soweit ersichtlich – für den Bereich der Verfahrensabsprachen lediglich näher thematisiert von *Weßlau*, StraFo 2007, 1 (3).

327 Nichts anderes gilt für jene Autoren, die dem Strafverfahren mehrere Ziele beimessen. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., § 1 Rn. 3 nennen zum Beispiel drei Ziele in Form einer materiell richtigen, prozessordnungsmäßig zustande gekommenen und Rechtsfrieden

bezieht sich somit stets auf den vorliegenden Fall und erschöpft sich auch in diesem. Demgegenüber zielen Kostenerwägungen – wie bereits gezeigt wurde[328] – stets auf die Bewältigung sämtlicher anfallender Verfahren ab. Die Mitberücksichtigung des Kostenaufwandes bedeutet deshalb immer auch verfahrensfremde Interessen in die Rechtsfindung einfließen zu lassen. Der Weg zum Argument der Berücksichtigung entstehender Kosten aufgrund der Notwendigkeit der Bewältigung aller anfallenden Verfahren scheint folglich versperrt, da gerade die konkret gegen den Beschuldigten ergehende Ermittlungsmaßnahme einer rechtlichen Legitimation bedarf. Dass Bedürfnisse anderer Strafverfahren die Rechtsfindung beeinflussen dürfen sollten, ist insbesondere aus Sicht des Grundrechtsträgers nicht ohne Weiteres einzusehen.

Eine solche Betrachtungsweise erweist sich aber bei genauerem Hinsehen als nicht sachgerecht. Korrekt ist noch der Ausgangspunkt der Annahme: Das Ziel der Strafverfolgung, die Schaffung von Rechtsfrieden, muss immer im konkret betroffenen Verfahren erreicht werden. Gestaltet sich aber der Zeit-, Personal- oder Kosteneinsatz in diesem Verfahren als derart ausgeprägt, dass für die Bewältigung anderer Verfahren keine hinreichenden Ressourcen mehr frei bleiben, wird richtigerweise das Ziel der Strafverfolgungstätigkeit auch im einschlägigen Verfahren verfehlt. Die Sachverhaltsaufklärung wird in tatsächlicher Hinsicht zwar möglichst optimal gelingen. Der Eintritt von Rechtsfrieden als Ziel des Strafverfahrens hängt aber nicht nur von einer bestmöglichen Sachverhaltsaufklärung ab, sondern beinhaltet in erheblichem Maß auch normative Elemente. Der angestrebte Befriedungseffekt ist deshalb nicht die ausschließliche Folge des faktischen Aufklärungsergebnisses, sondern wird nicht zuletzt von der Art und Weise der Sachverhaltsaufklärung bedungen.[329] Eine Sachverhaltsaufklärung, die eine übermäßige Konzentration auf das betroffene Verfahren in Kauf nimmt, ist aufgrund des Gleichheitssatzes und der Gemeinwohlverpflichtung des Individuums nicht hinnehmbar[330] und kann vernünftigerweise auch von den Verfahrensbeteiligten nicht erwartet werden[331]. Ein Strafverfahren, das diesen Gesichtspunkten nicht Rechnung trägt, kann ähnlich wie ein Strafverfahren,

stiftenden Entscheidung. Diese Ziele wollen ersichtlich auf das konkret betroffene Verfahren bezogen sein. Ähnlich die Darstellung bei *Kröpil*, JuS 2015, 509 (510). Auch der in BGHSt 14, 358 (361) angelegte Ausspruch „Keine Wahrheitsfindung um jeden Preis“ geht davon aus, dass konkret betroffene Grundrechte einem konkreten Aufklärungsinteresse gegenübergestellt werden.

[328] A. II. 2. c) cc).

[329] *Weigend*, Deliktsopfer und Strafverfahren, S. 215 („Klärung des Tatverdachts“) und *Landau*, NStZ 2007, 121 (126) („soziopsychologischer Zustand der Gewissheit über die Unverbrüchlichkeit der anerkannten ethischen Minima“) klammern dagegen normative Elemente tendenziell aus. Rechtsfrieden kann aber nur als eine normative Kategorie gedacht werden, da bei einem rein tatsächlichen Verständnis irrationalen Strafbedürfnissen der Bevölkerung, insbesondere des Opfers, Geltung verschafft werden müsste, zutreffend dazu *Murmann*, Prüfungswissen Strafprozessrecht, 4. Aufl., S. 3.

[330] Insoweit zutreffend *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 204 mit Verweis auf *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 364.

[331] In diese Richtung tendierend BVerfG, NJW 1988, 1195 (1197).

das zwar die materielle Wahrheit ans Licht bringt, aber grundrechtliche Positionen außer Acht lässt, keinen Rechtsfrieden stiften. Bei einer Verfahrensweise, die sich an dem Kostenblindheitscredo „Koste es, was es wolle!" orientiert, kann man deshalb weder von einer „optimalen" Bewältigung sprechen noch davon ausgehen, sie sei zur Stiftung von Rechtsfrieden geeignet.

II. Unklarheit über die Verortung von Kostenerwägungen im Strafprozessrecht

Es ist daher zu konstatieren, dass das staatliche Interesse an der Kostenschonung kein Ziel des Strafverfahrens darstellt und nach der gesetzlichen Konzeption auch nicht als Ziel nicht-subsidiärer Ermittlungsmaßnahmen ausgewiesen wird, zugleich jedoch ohne eine Kostenberücksichtigung nicht auszukommen ist.

Belange der Strafrechtspflege im Sinne von Notwendigkeiten, die sich dem geschriebenen Recht nicht entnehmen lassen und zugleich mehr oder weniger nicht von der Hand zu weisen sind, werden üblicherweise im verfassungsrechtlich angelegten[332] Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege"[333] oder in einem seiner Derivate kumuliert. Die bisher nicht gelungene rechtliche Einkleidung der Kostenberücksichtigung im Strafprozessrecht könnte folglich durch die Verortung im Topos gelingen, da man auch die Notwendigkeit, Strafrechtspflegetätigkeit aus einem vorgegebenen Etat heraus zu bestreiten, aus den dargelegten Gründen[334] für ein unabweisbares Bedürfnis der Strafrechtspflege halten kann. Zudem ist in einem buchstäblichen Sinn offensichtlich, dass bei der umgekehrten Verfahrensweise, das heißt der konsequenten Nichtberücksichtigung des Ressourcenaufwandes, schnell die gesamte Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege in Zweifel gestellt sein müsste.[335]

Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, ob sich Kostenerwägungen im Topos sinnvoll unterbringen lassen und auf diesem Wege von Kostenerwägungen mitgetragene Grundrechtseingriffe zu rechtlicher Legitimität geführt werden können.[336] Da ein solches Verständnis nicht der überwiegenden Begriffsverwendung in

[332] BVerfG, NJW 1972, 2214 (2216). Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung des Topos Möstl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 179 Rn. 6 ff. Die Herleitung ist im Einzelnen umstritten. Dass aber eine Herleitung des Topos aus der Verfassung grundsätzlich möglich ist, wird auch von Kritikern des Topos bejaht, siehe insbesondere *Hassemer*, StV 1982, 275 (277 f.).

[333] So erstmals BVerfG, NJW 1972, 2214 (2216).

[334] Siehe die Ausführungen unter C. II.

[335] Ähnlich *Schulenberg*, JuS 2004, 765; *Fezer*, Strafprozessrecht, 2. Aufl., S. 6.

[336] Die Ausführungen zur haushaltsrechtlichen Argumentation unter B. III. 2. c) bb) haben hingegen gezeigt, dass die Lösung über das Wirtschaftlichkeitsgebot des Art. 114 II GG naheliegt, aber letztlich nicht durchgreift.

der Rechtsprechung[337] entspricht und auch in der Literatur[338] selten zugrunde gelegt wird, bedarf dies einer eingehenden Erörterung anhand mehrerer Argumentationsstufen.

Vorab ist zu erläutern, warum die Verortung von Kostenüberlegungen in einem Rechtsbegriff überhaupt notwendig ist, da bisher lediglich die rein praktische Notwendigkeit zur Berücksichtigung entstehender Kosten als unzweifelhaft gilt (III.)[339]. Weiterhin ist sich dem Topos in sachlicher Hinsicht anzunähern, indem sein Ursprung (IV.) und seine bisherige Verwendung in der Rechtsprechung (V.) skizziert werden. Sodann muss eine Auseinandersetzung mit der bestehenden Kritik, die in der Rechtsliteratur gegen den Topos erhoben wird, erfolgen, damit entschieden werden kann, ob er überhaupt aufrechtzuerhalten ist und bejahendenfalls aus ihm konkrete Schlussfolgerungen für die Rechtsanwendung hinsichtlich der Berücksichtigungsfähigkeit von Kostenerwägungen zulasten der Grundrechte des Betroffenen gezogen werden können (VI.).

III. Generelle Notwendigkeit der Verortung von Kostenüberlegungen in rechtlichen Kategorien

Soweit ersichtlich wird in der bisherigen Diskussion zu Kostenerwägungen im Strafprozessrecht kaum erörtert, ob und wie die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes in rechtliche Kategorien eingebettet werden muss. Vielmehr begnügt man sich tendenziell mit der Feststellung, die Ressourcenknappheit sei eine faktische und eben keine rechtliche Gegebenheit.[340] Sie entspreche schlicht den Tatsachen.[341] Solche Feststellungen lassen stets ein Element der Ungewissheit beziehungsweise des Argwohns erkennen.[342] Anderenorts wird auf das Problem verbunden mit dem Hinweis, es sei bisher ungelöst, hingewiesen.[343] Man kann daher mit *Viering* gut zusammenfassen: Gerade die Strafrechtswissenschaft sucht in der Frage noch ihren eigenen Standort.[344] Wie eingangs dargelegt,[345] ist dieser Befund unbefriedigend, da es zugleich als Selbstverständlichkeit gilt, dass Kostenerwägungen in der

---

337 Siehe dazu die folgende Analyse unter D. IV., V.

338 In ähnlichem Zusammenhang wie hier jedoch BeckOK-StPO[39]/*Eschelbach*, § 257c Rn. 1.12; *Rabe*, Verständigungsurteil, S. 105.

339 *Nestler*, JA 2012, 88 (90); *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 17; *Viering*, Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems, S. 38; *Gollwitzer*, in: FS Kleinknecht, 147; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 281.

340 *Nestler*, JA 2012, 88 (88, 95).

341 *Veen*, Beweisumfang und Verfahrensökonomie im Strafprozess, S. 6.

342 *Nestler*, JA 2012, 88 (95): „Die fehlende rechtliche Bedeutung fiskalischer Aspekte in einem Strafverfahren überrascht insofern, als sich ihre faktische Relevanz schwerlich leugnen lässt."

343 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 282.

344 *Viering*, Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems, S. 38.

345 Siehe oben 1. Teil.

Praxis längst berücksichtigt werden und eine tragende Rolle einnehmen.[346] Die Behauptung, fiskalische Aspekte hätten in einem Strafverfahren keine rechtliche Bedeutung, scheint sich derart von der Realität zu entfernen, dass es bedenklich erscheint, ihr zuzustimmen. Gerade die in diesem Abschnitt aufgeworfene Frage, ob eine fiskalische Erwägung einen staatlichen Eingriff in Grundrechte zumindest mittragen kann, offenbart, dass eine zureichende Antwort nicht in einem pauschalen Hinweis auf praktische Notwendigkeiten bestehen kann. Diesbezüglich darf im Allgemeinen nicht verkannt werden, dass im Bereich der Eingriffsverwaltung die Orientierung am formellen Gesetz von vornherein zwingend ist,[347] sodass der Raum für Kostenerwägungen „neben dem Gesetz" marginal ausfallen muss. Umso mehr verwundert es, dass die Strafprozessordnung einerseits Kostenerwägungen nicht zugänglich sein soll, andererseits aber nicht infrage gestellt wird, dass die Praxis – worunter bei Lichte besehen nur die Rechtsanwendung der Strafprozessordnung durch Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte zu verstehen sein kann – von solchen Erwägungen durchzogen ist.[348] Vertritt man die Auffassung, dass sich Kostenerwägungen aus der StPO heraus verbieten, wäre doch vielmehr das Plädoyer konsequent, Kostenerwägungen dürften in der Praxis ebenfalls kein auch nur mitentscheidender Faktor sein.[349] Für die Erzielung eines stimmigen Bildes ist somit ohne eine rechtliche Fundierung des Phänomens der Kostenberücksichtigung nicht auszukommen.

In Fortführung dieses Gedankengangs wird sodann offenbar, dass nur die rechtliche Bewertung des Kostenarguments, nicht jedoch eine pauschale Anerkennung der praktischen Bedeutsamkeit desselben, die Zulässigkeitsgrenzen der Berücksichtigungsfähigkeit des Kostenaufwandes aufzeigen kann.[350] Insoweit ist mit dem Aufwerfen der Frage, ob die Schonung staatlicher Ressourcen als mitverfolgter legitimer Zweck berücksichtigt und in die Abwägung eingestellt werden darf, nur ein erster Schritt getan. Bejaht man im Grundsatz die rechtliche Zulässigkeit fiskalischer Erwägungen im Rahmen der strafprozessualen Rechtsfindung, bleibt weiterhin klärungsbedürftig, welches Gewicht dem Kostenargument zugemessen werden darf.[351]

---

346 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 281; *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 17; *Nestler*, JA 2012, 88 (95).

347 *Voßkuhle*, JuS 2007, 118 (119).

348 *Nestler*, JA 2012, 88 (95): „Nach den vorstehenden Ausführungen lässt sich jedoch sagen, dass rein anhand des Gesetzes gemessen das Strafverfahrensrecht allein auf die Erfüllung materieller Strafzwecke ausgerichtet und Kostenerwägungen demgemäß schlechterdings nicht zugänglich ist – mag dies auch der Realität nicht entsprechen."

349 So beispielsweise für den Bereich des Legalitätsprinzips KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 4.

350 Die Wichtigkeit der Grenzen eines legitimen verfahrensökonomischen Denkens betonend LR-StPO[26]/*Erb*, § 160 Rn. 46.

351 Anders *Nestler*, JA 2012, 88 (95), die meint, Effizienzüberlegungen seien aus pragmatischen Gründen, nicht aber aus dem Gesetz, angezeigt.

Die rechtliche Legitimität von Kostenerwägungen im Rahmen strafprozessualer Entscheidungsfindungen ist daher sowohl hinsichtlich ihrer Existenz als auch ihres Wirkungsgrades untersuchungsbedürftig.

IV. Ursprung und Bedeutung des Topos

Spielarten des Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ waren bereits der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu entnehmen.[352] Allgemein wird der Topos heute aber als Produkt der bundesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung gesehen.[353] Erstmals sprach das BVerfG von der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ in der berühmt gewordenen Sozialarbeiter-Entscheidung aus dem Jahr 1972.[354] Dabei wurden Erwägungen in einen Begriff gegossen, die in anderen Formulierungen schon vorher zu finden waren. So enthielt die verfassungsrechtliche Judikatur bereits früher Hinweise auf „unabweisbare Bedürfnisse der Strafrechtspflege“[355] und die (selbstverständliche) Maßgabe, die Aufklärung schwerer Straftaten sei eine wesentliche Aufgabe des rechtsstaatlichen Gemeinwesens[356]. In den 1970er Jahren hatte die Verwendung des Begriffs Hochkonjunktur, was vor allem der damals bestehenden Terrorismus-Problematik rund um die RAF zugeschrieben wird.[357] Die Diskussion um den Topos verflachte dann,[358] bis in den 2000er Jahren durch die Berufung *Herbert Landaus* zum Richter am BVerfG eine „Wiedergeburt“[359] des Topos in Rede stand.[360] Für die wissenschaftliche Diskussion mag es aufgrund einiger ruhiger Jahre zutreffend sein, von einer „Wiedergeburt“ des Topos zu sprechen. Der Topos hat jedoch nach seiner Einführung durch das BVerfG Einzug in die Rechtsprechung des BGH[361] und auch der Fachgerichte[362] gehalten und ist dort bis heute vielfach vorzufinden.[363] Das BVerfG hat die Verwendung des Topos entgegen Mutmaßungen in

[352] RGSt 22, 247; 69, 18.

[353] So etwa *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 4; *Rieß*, StraFo 2000, 364. Passend dazu wird auch noch in jüngerer Zeit die Einführung eines „Feindstrafrechts“ unter Bezugnahme auf den Topos erwähnt und abgelehnt, so etwa Schmahl in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts I, § 2 Rn. 22.

[354] BVerfGE 33, 367 ff.

[355] So zum Beispiel schon BVerfGE 20, 45 (49).

[356] So zum Beispiel BVerfGE 29, 184 (195).

[357] *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 5; *Landau*, NStZ 2007, 121 f. erörtert den Begriff unter dem Aspekt neu aufkeimender Terrorismusgefahren. Ein bekanntes Beispiel dafür ist der „Fall Lorenz“, BVerfGE 46, 214.

[358] *Landau*, NStZ 2007, 121 (122 f.).

[359] Begriff nach *Landau*, NStZ 2007, 121.

[360] So etwa *Rabe*, Verständigungsurteil, S. 88 mit Verweis auf *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429. Dass eine „Wiederbelebung“ angenommen wird, ist wohl nicht zuletzt auf den Aufsatz Landaus in NStZ 2007, 121 ff. zurückzuführen.

[361] Erstmalige Verwendung wohl BGHSt 38, 214 (219).

[362] Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 7.

[363] Aus jüngerer Zeit beispielsweise OLG Dresden, Beschluss vom 27. Mai 2020 – 4 U 590/20 –, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 30. November 2020 – 4 Ws 265/20 –, juris; OLG Zwei-

der Literatur[364] somit keineswegs aufgegeben.[365] Auch haben partielle Änderungen in der Terminologie dem Topos zu keiner wesentlich anderen Bedeutung verholfen.[366] Es entspricht auch der jüngeren Rechtsprechung, dass das Gebot der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege der Annahme eines Beweisverwertungsverbots entgegenstehen kann.[367] Der Topos eröffnet im Rahmen der Beweiserhebungsverbote eine Abwägung zwischen den Interessen an einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und den betroffenen grundrechtlichen Gewährleistungen.[368] Diese Abwägungslehre[369] ist in der gesamten strafrechtlichen Rechtsprechung aller deutschen Gerichte anerkannt.[370] Mit Blick auf die Entscheidungspraxis ist *Patz* daher in seiner Annahme, der Topos sei nicht wiedergeboren, sondern niemals weg gewesen, uneingeschränkt zuzustimmen.[371]

V. Bisherige Verwendung des Topos durch die Gerichte

Mangels einer Nennung im Grundgesetz[372] hat die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" notwendigerweise ihren Bedeutungsgehalt in erster Linie durch die Verwendung in der Rechtsprechung gefunden.[373] Im Folgenden soll diesbezüglich

brücken, Beschluss vom 28. September 2020 – 1 Ws 183/20 Vollz –, juris.

364 *Lorenz*, GA 1992, 254 (278).

365 Beispielsweise BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 21. April 2020 – 2 BvQ 21/20 –, juris; BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 16. November 2020 – 2 BvQ 87/20 –, juris. Zuweilen bietet sich die Nennung des Topos auch in europarechtlich geprägten Fallgestaltungen an, so etwa im Fall EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 – C-128/18 –, juris; vgl. diesbezüglich den Aufsatz von *Gaede*, wistra 2016, 89 ff.

366 A. A.: *Lorenz*, GA 1992, 254 (278 f.); Ransiek, StV 1994, 343 (346) will eine „Entschärfung" der Begriffsverwendung feststellen können. In diese Richtung auch Möstl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 179 Rn. 6.

367 Dies bestätigend beispielsweise OLG Karlsruhe, Beschluss vom 08. Januar 2020 – 3 Rb 33 Ss 763/19 – Rn.17 ff., juris.

368 So etwa BGHSt 34, 397 (401). Aus jüngerer Zeit beispielsweise LG Stuttgart, Beschluss vom 26. März 2018 – 6 Qs 1/18 – Rn. 58, juris.

369 Eingehend dazu *Neuber*, NStZ 2019, 113 ff.

370 Erstmals wohl im „Medizinalassistentenfall", BGHSt 14, 358 (365). Eine Abwägung durch das Gericht ist auch in methodischer Hinsicht unverzichtbar, da der Gesetzgeber zur Regelung aller Einzelfragen schlicht nicht imstande ist, zutreffend bereits *Kohlhaas*, DRiZ 1966, 286 (287).

371 Patz, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 6; zutreffend auch *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429 (433); anders *Rabe*, Verständigungsurteil, S. 86.

372 Im Grundgesetz taucht der Begriff „Funktionsfähigkeit" lediglich in Art. 115g S. 2 GG auf.

373 Dabei ist der Topos der Funktionsfähigkeit oder Funktionstüchtigkeit kein rein strafprozessrechtliches Phänomen. So finden sich in der Rechtsprechung des BVerfG Belege für die „Funktionsfähigkeit der Bundeswehr", die „Funktionsfähigkeit der Hochschulen" oder die „Funktionsfähigkeit des Parlaments". Aufzählung und weitere Hinweise bei Klein, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 279 Rn. 2. Die dort genannten Entscheidungen zeigen, dass sich zwischen dem Funktionsfähigkeitserfordernis und den betroffenen Grundrechten oft ein Spannungsverhältnis auftut. Das kann als ein Indiz dafür gewertet werden, dass auch im Strafprozessrecht nicht ohne den Rekurs auf den Topos auszukommen ist.

analysiert werden, welche inhaltliche Bedeutung dem Topos seitens der Gerichte zugemessen und im Rahmen welcher Entscheidungskonstellationen er bemüht wird.[374] Da das BVerfG zu Recht als Schöpfer des Begriffs gilt, ist es sinnvoll, insbesondere seine wichtigsten Entscheidungen zum Topos zu systematisieren.[375]

1. Verwendung des Begriffs zugunsten der Ermittlung der materiellen Wahrheit

a) Zeugnisverweigerungsrechte: Sozialarbeiterentscheidung[376] und Tierarztentscheidung[377]

In der soeben erwähnten Sozialarbeiterentscheidung judizierte das BVerfG, einem Sozialarbeiter stehe kein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Das BVerfG begründete dieses Ergebnis mit der Erkenntnis, dass ein Zeugnisverweigerungsrecht das „rechtsstaatliche Postulat der Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ konterkariere.[378] Das Urteil gilt nicht nur als Geburtsstunde des Topos, sondern ist zugleich wegweisend für sein inhaltliches und methodisches Verständnis: Das BVerfG lieferte dem Rechtsanwender eine Handlungsanleitung, indem es klarstellte, dass die Gewährung eines Zeugnisverweigerungsrechts im Einzelfall eine konkrete Abwägung zwischen den Belangen der Strafrechtspflege und den Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen, also mit dessen Grundrecht aus Art. 1 I in Verbindung mit. Art 2 I GG, erfordere.[379] An dieser Stelle benannte das BVerfG unter anderem die Art und Schwere der in Rede stehenden Straftat und der Höhe der Straferwartung als Gesichtspunkte, die auf Seiten der „Belange der Strafrechtspflege“ streiten.[380]

Ähnlich lag die Konstellation in der in den Diskurs eingegangenen Tierarztentscheidung, da es auch hier um die Einräumung eines Zeugnisverweigerungsrecht für eine Berufsgruppe ging, die § 53 I 1 StPO nicht erwähnt.[381] In dieser Entscheidung wird das Erfordernis einer konkreten Abwägung wiederholt.[382] Ebenso wie in der Sozialarbeiterentscheidung wird deutlich erkennbar, von welchem Regel-Ausnahme-Verhältnis das BVerfG ausgeht. So betont es in der Sozialarbeiterentscheidung, nur im Rahmen von Bagatellkriminalität sei eine verfassungsrecht-

---

[374] Das entspricht der Vorgehensweise der meisten Auseinandersetzungen mit dem Thema, vgl. *Landau*, NStZ 2007, 121 (122); *Rieß*, StraFo 2000, 364 (365), *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 46 ff.

[375] Die nachfolgende Darstellung der Rechtsprechung ist nicht auf Vollständigkeit angelegt. Es werden vielmehr bedeutende Judikate herausgegriffen, um die immense Bedeutungsbreite des Topos zu veranschaulichen.

[376] BVerfGE 33, 367 ff.

[377] BVerfGE 38, 312 ff.

[378] BVerfGE 33, 367 (383).

[379] BVerfGE 33, 367, (375).

[380] BVerfGE 33, 367 (375).

[381] BVerfGE 38, 312 ff.

[382] BVerfGE 38, 312 (321).

liche Begrenzung des Zeugniszwangs außerhalb verfahrensrechtlicher Normen in Betracht zu ziehen.[383] Ähnlich führt das Gericht in der Tierarztentscheidung aus, im konkreten Fall sei nicht zu erkennen, dass „etwaige Geheimhaltungsbelange der Lebensmittelhändler dem Interesse der Allgemeinheit an der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege vorgehen könnten“[384]. *Patz* weist in Anlehnung an *Hassemer*[385] insoweit zu Recht darauf hin, dass eine derartige Verwendung des Topos die Grundrechte des Betroffenen in ein Rechtfertigungsverhältnis verweist.[386] Gemäß dieser Weichenstellung müsste ein Patt der Interessen zulasten der grundrechtlichen Gewährleistungen des Betroffenen gehen.

b) Beweisverwertungsverbote

Die für die Praxis wahrscheinlich höchste Bedeutung erlangt der Topos im Rahmen der Beweisverwertungsverbote, da er in diesen Fällen nicht auf eine spezielle Einzelfrage Anwendung findet, sondern in vielen Verfahrenskonstellationen das Verfahrensergebnis beeinflussen kann.[387] Die Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung in allen ihren Feinheiten ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand aber auch obsolet. Übergeordnet lässt sich erkennen, dass der Topos im Zusammenhang der Beweisverwertungsverbote ebenfalls dazu eingesetzt wird, eine Abwägung zwischen der Wahrheitsfindung und den grundrechtlichen Gewährleistungen des Betroffenen vorzunehmen.[388] Er streitet auf der Seite der Strafverfolgungsinteressen und wird den Interessen des Beschuldigten beziehungsweise des Betroffenen gegenübergestellt.[389] Dabei fällt allerdings nicht bei jeder Nennung des Topos die Abwägung automatisch zulasten der Grundrechte des Betroffenen aus.[390] Im Ausgangspunkt wird darauf hingewiesen, dass im deutschen Strafverfahrensrecht aus einem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot nicht automatisch ein Beweisverwertungsverbot resultiert.[391] Die Verwertbarkeit sei vielmehr im Wege der Abwägung festzustellen,[392] wobei die Unverwertbarkeit insbesondere bei einer willkürlichen und vorsätzlich rechtswidrigen Vorgehensweise

383 BVerfGE 33, 367 (375).

384 BVerfG, NJW 1975, 588 (589).

385 *Hassemer*, StV 1982, 275 (277 f.).

386 *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 50, 65.

387 *Neuber*, NStZ 2019, 113 bezeichnet daher die Frage, wann aus einem Beweiserhebungsverbot ein Beweisverwertungsverbot resultiere, nicht zu Unrecht als eine Kernfrage des deutschen Strafprozesses.

388 BVerfG, NStZ 1996, 45; BVerfGE 34, 238 (249).

389 So ausdrücklich BVerfGE 19, 342 (347), indem dort das Persönlichkeitsrecht und die Erfordernisse der Strafrechtspflege als „Gegenläufigkeiten“ charakterisiert werden.

390 Etwa BGHSt 34, 39.

391 BVerfGK 7, 61 (63).

392 Dies kann mitunter auch positive Auswirkungen auf grundrechtliche Positionen mit sich bringen. So hat das BVerfG in BVerfGE 77, 240 entschieden, dass eine Einschränkung der Kunstfreiheit nicht pauschal aus der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ gerechtfertigt werden kann.

der ermittelnden Beamten anzunehmen sei.[393] Aus dieser Festlegung folgt innerhalb der Abwägung nicht zwingend eine Benachteiligung der Rechte des Beschuldigten.[394] Dass eine Abwägungsprüfung auch zugunsten des Betroffenen ausgehen kann, liegt dann aber an einem Überwiegen der dem Topos gegenüberstehenden Interessen und folgt gerade nicht aus dem Topos selbst.[395]

c) Rechtsstaatlich problematische Ermittlungsmaßnahmen: Verdeckte Ermittler und V-Leute; Lauschangriff, IMSI-Catcher

Eine bedeutende Rolle spielt der Topos auch im Rahmen des äußerst umstrittenen[396] Einsatzes verdeckter Ermittler[397] sowie sogenannter V-Leute[398]. Die diesbezügliche Diskussion ist insbesondere durch Meinungsverschiedenheiten zwischen dem BVerfG und dem EGMR geprägt.[399] In den zugrundeliegenden Fallkonstellationen hat sich regelmäßig die Selbstbelastungsfreiheit gegen Strafverfolgungsinteressen zu beweisen.[400]

Beim großen Lauschangriff[401] müssen hingegen Gewährleistungen aus Art. 13 GG und Art 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG gegen die Bedürfnisse der Strafrechtspflege abgewogen werden. *Patz* weist bezüglich dieser Entscheidungen zutreffend darauf hin, dass das BVerfG neben der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" eine ganze Palette weiterer Begriffe einsetzt und in dieser Entscheidung nicht nur semantische Derivate wie etwa „die Effektivität der Strafrechtspflege" benutzt.[402] So finden sich ergänzende Verweise auf „die Bekämpfung der organisierten Kriminalität"[403] und auch auf „Gründe der Prozessökonomie"[404].

Den IMSI-Catcher[405] hält das BVerfG ebenfalls aus Gründen der Bedürfnisse der Strafrechtspflege für verfassungsgemäß.[406] Die diesbezügliche Entscheidung kann als prägnantes Beispiel dafür gelten, dass der Topos instrumentalisiert wird, um

---

[393] Vgl. BVerfGE 113, 29 (61).
[394] *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 64: „differenziertes Bild"; auch *Rieß*, StraFo 2000, 364 (366) hält die Verwendung des Topos in der Rechtsprechung für „behutsam".
[395] A. A.: *Rieß*, StraFo 2000, 364 (366).
[396] Dazu *Eschelbach*, StV 2000, 390 ff.
[397] Die Rechtsgrundlage befindet sich in § 110a I StPO.
[398] Etwa BGHSt 40, 211ff; BGHSt 31, 304 ff.
[399] Zuletzt zur Tatprovokation durch einen verdeckten Ermittler EGMR, Urt. v. 15.10.2020, Az. 40495/15, 40913/15 und 37273/15 entgegen der Auffassung in BVerfG, NJW 2015, 1083 ff.; zum Konflikt zwischen den Gerichten vgl. schon *Safferling*, NStZ 2006, 75 ff.
[400] Siehe beispielsweise BGH, NJW 2007, 3138 ff.
[401] Die Rechtsgrundlage befindet sich in § 100c StPO.
[402] *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 51.
[403] BVerfGE 109, 279 (281).
[404] BVerfGE 109, 279 (320).
[405] Die einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage befindet sich in § 100i StPO.
[406] BVerfG, NJW 2007, 351.

Ermittlungsmaßnahmen auf Grundlage neuer technischer Mittel die Legitimation zuzusprechen. Hinsichtlich der fortschreitenden Technisierung und Digitalisierung sollte gerade die Reichweite dieser Funktion nicht unterschätzt werden.[407]

d) Zusammenfassung

Die bisher angesprochenen Entscheidungen haben nicht nur die Gemeinsamkeit, dass die Gerichte in ihnen den Topos der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege oder eines seiner Derivate bemühen. Die Entscheidungen geben vielmehr den ersten Teilaspekt des Topos zu erkennen: Unabhängig davon, ob die Gerichte bestimmten Berufsgruppen das Zeugnisverweigerungsrecht nicht zuerkennen, Beweismittel trotz eines bestehenden Beweiserhebungsverbots für verwertbar erklären oder Ermittlungsmaßnahmen wie den V-Mann, den großen Lauschangriff oder den IMSI-Catcher für verfassungskonform erklären, geht es ihnen im Endeffekt stets um die Betonung der Wichtigkeit der Ermittlung der materiellen Wahrheit.[408] In allen Entscheidungen hätte man die Abwägung deshalb ebenso durchführen können, wenn man auf der einen Seite das Interesse an der materiellen Wahrheitsfindung und auf der anderen Seite das Interesse des Betroffenen an der Wahrung seiner grundrechtlichen Positionen ins Feld geführt hätte.[409] Die sich hinter dem Topos verbergenden weiteren Überlegungen, die durch die Gerichte ebenfalls genannt werden, sind dagegen nur sekundärer Natur. So dient die materielle Wahrheitsfindung ihrerseits der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs und soll damit letzten Endes für den Eintritt von Rechtsfrieden und Gerechtigkeit sorgen. Dies sind aber generelle Postulate, die immer formuliert werden können und keinen inneren Zusammenhang zum konkret zu beurteilenden Einzelfall erkennen lassen. Maßgeblich für das konkrete Abwägungsergebnis muss bleiben, ob einschlägige verfassungsrechtliche Rechte des Betroffenen oder die Ermittlung der materiellen Wahrheit höher zu bewerten sind. Dabei ist das Bestreben nach der materiellen Wahrheitsfindung ein deutlich fassbareres Kriterium als die Bemühung der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“. Man hätte dementsprechend in den zitierten Entscheidungen auf den Topos auch verzichten[410] und nur mit dem Gewicht des Interesses an der Ermittlung der materiellen Wahrheit argumentieren können. Dieser Weg wäre mit Blick auf das Gebot der Rechtsklarheit zu begrüßen gewesen und hätte auch die aufgrund der Abwägung ohnehin ungewisse Ergebnisfindung zumindest nicht er-

[407] Zutreffend *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 53.

[408] Zu einer solchen Klassifizierung gelangt unter Bezugnahme auf die hier genannten und weitere Entscheidungen auch *Kröpil*, AnwBl 2001, 198 (204).

[409] Dies tut der BGH auch gelegentlich, indem er Ergebnisse begründet, ohne dabei auf den Topos zu sprechen zu kommen, obwohl sich dessen Nennung thematisch angeboten hätte. Dies zeigt sich zum Beispiel an BGHSt 42, 139 ff., wo es um die Verwertbarkeit von Angaben gegenüber einer seitens der Ermittlungsbehörde instruierten Privatperson ging. Der Verzicht auf den Topos verwundert hier geradezu.

[410] So auch die These bei *Seibert*, in: Heyde/Starck, 40 Jahre Grundrechte, S. 206 (207).

schwert.[411] Gerade in der Entscheidung zum großen Lauschangriff zeigt sich, dass auf Seiten der Strafrechtspflege mehrere Kriterien ins Feld geführt werden.[412] Das Abwägungsergebnis ist folglich schwer vorhersehbar, weil die beim Topos genannten Kriterien nicht durchgängig dieselben sind.[413] Das Postulat der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" ist unter Zugrundelegung einer solchen Verwendungsweise nur äußerst schwer kalkulierbar.[414] Eine abschließende Definition lässt sich nicht ableiten.[415]

2. Verwendung des Begriffs zugunsten der Realisierung des staatlichen Strafanspruchs: Verhandlungsunfähigkeit, Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft

a) Darstellung

Dass der Begriff nicht nur auf Seiten der Ermittlung der materiellen Wahrheit streitet, zeigen zunächst die Entscheidungen des BVerfG zur vorsätzlich herbeigeführten Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten.[416] So hält das BVerfG die Verhandlung gegen den abwesenden Angeklagten aus Gründen der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege für erforderlich, wobei auch hier das Ergebnis auf dem Wege der Abwägung ermittelt wird.[417]

Auch im Rahmen der Frage, ob die Untersuchungshaft aufrechtzuerhalten sei, argumentiert das BVerfG mit dem Topos, indem es die Formulierung der „unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafrechtspflege"[418] bemüht. Dabei wird der Topos konkretisiert, indem auf einen ungewissen Verfahrensausgang abgestellt wird.[419]

b) Analyse

Im Rahmen der Entscheidungen zur Verhandlungsunfähigkeit streitet der Topos nicht für die materielle Wahrheitsfindung, sondern in Teilen gegen sie. Die Abwesenheit des Angeklagten lässt zwar in erster Linie Probleme hinsichtlich seines Rechtes auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG und der entsprechenden Mitwirkungsrechte als Subjekt des Verfahrens erkennen.[420] Allerdings bedeutet die Abwesenheit des Angeklagten zugleich auch das Fehlen einer wesentlichen Erkenntnis-

---

[411] Kritisch dazu auch *Amelung*, NJW 1991, 2533 f.
[412] BVerfGE 109, 279 (281); BVerfGE 109, 279 (320).
[413] A. A. *Kröpil*, AnwBl 2001, 198 (204).
[414] So auch zur Abwägungslehre *Neuber*, NStZ 2019, 113.
[415] Zutreffend *Kröpil*, AnwBl 2001, 198 (204).
[416] Etwa BVerfGE 41, 246 (250).
[417] So ist in BVerfGE 51, 324 (345) die Rede von einem „Spannungsverhältnis", wobei keiner der widerstreitenden Belange „schlechthin den Vorrang" genieße.
[418] BVerfG, StV 2006, 87 (88).
[419] BVerfG, StV 2006, 87 (90).
[420] Dazu BGHSt 55, 87 (89).

quelle.[421] Mit den Bedürfnissen der Strafrechtspflege ist hier nicht nur die förmliche Durchführung des Verfahrens angesprochen. Vielmehr steht die Überlegung, der Angeklagte dürfe die Verwirklichung des materiellen Strafanspruchs nicht vereiteln, im Vordergrund.[422] Diesbezüglich erscheint jedoch die Bemühung des Topos nicht notwendig, weil die Verwirklichung des materiellen Strafanspruchs in der Rechtsprechung ohnehin als anerkanntes (Teil)ziel des Strafverfahrens genannt wird.[423]

Die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft betreffend ist erhellend, dass das Gericht auf den ungewissen Verfahrensausgang abstellt. Damit kann ebenfalls nur der staatliche Strafanspruch, der möglicherweise durch die Aufhebung der Untersuchungshaft nicht mehr realisiert werden könnte, gemeint sein. Auch hier gilt folglich aufgrund der identischen Argumentation, dass die Verwendung des Topos mehr oder weniger überflüssig erscheint.

3. Verwendung des Begriffs zugunsten der Gefahrenabwehr: Problematik des § 112a I StPO

a) Darstellung

Das BVerfG hat des Weiteren in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr auf die „unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafrechtspflege" Bezug genommen und die gesetzliche Regelung aus diesem Gesichtspunkt für verfassungskonform erklärt.[424] Dabei wog es das Grundrecht aus Art. 2 II 2 GG mit dem Interesse der Rechtsgemeinschaft an wirksamer Verbrechensbekämpfung ab und gelangte zu dem Ergebnis, § 112a I StPO tariere das Verhältnis der widerstreitenden Interessen in verfassungskonformer Weise aus.[425]

b) Analyse

Der Topos streitet hier auf Seiten der Gefahrabwehr. § 112a I StPO stellt nach allgemeiner Meinung eine präventive Maßnahme dar.[426] Die „Bedürfnisse der Strafrechtspflege" erschöpfen sich daher nach dem BVerfG nicht in repressiven Zielsetzungen, womit der Topos eine Analogie zu dem im gesamten Strafrecht zunehmenden Vorverlagerungsgedanken zieht.[427] Spätestens hier wird erkennbar, dass

---

421 KK-StPO[8]/Gmel, § 230 Rn. 1.

422 Ebenso lässt sich eine Zuordnung zum Gesichtspunkt der Durchführung des Strafverfahrens in angemessener Zeit vornehmen, zutreffend *Kröpil*, AnwBl 2001, 198 (204).

423 So etwa BVerfG, NJW 2013, 1058 (1060); BGH, NJW 2007, 3010 (3012).

424 BVerfGE 35, 185 (190).

425 BVerfG, NJW 1973, 1363 (1365).

426 KK-StPO[8]/*Graf*, § 112a Rn. 4 m. w. N.

427 Zu diesem Phänomen *Puschke*, in: Hefendehl, Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, S. 9 ff.

der Verwendung des Topos eine gewisse Beliebigkeit bescheinigt werden muss.[428] Ausgehend vom Wortsinn geht es bei einer Präventivhaft nicht um die Bedürfnisse der Strafrechtspflege, sondern um den präventiven Schutz der Bevölkerung. Die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift lässt sich daher anstatt aus dem Topos sachnäher aus der Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern begründen. Die Formulierung einer Definition des Topos bleibt somit nicht nur unmöglich, seine Verwendung greift auch auf andere verfassungsrechtliche Gewährleistungen über.[429] Versteht man die Schutzpflicht des Staates als einen Bestandteil des Topos, bleibt zumindest fraglich, welche sachliche Begründung diese Verortung haben könnte. Auch an dieser Stelle lässt sich daher sagen, dass die Nennung des Topos die Abwägungssicherheit nicht fördert.

4. Verwendung des Begriffs zugunsten der staatlichen Ressourcenschonung: Prozessverschleppung und Verständigung

a) Darstellung

In einem bedeutenden Zusammenhang machte sich sodann auch der BGH den Topos zu eigen. Er bemühte den Topos im Rahmen rechtsmissbräuchlich gestellter Beweisanträge, die zu einer Verfahrensverschleppung führten. Er stellte „vor dem Hintergrund begrenzter Ressourcen der Strafjustiz“ ausdrücklich auf das „Gebot der Gewährleistung einer dem Gleichheitsgedanken verpflichteten funktionsfähigen Strafrechtspflege“ ab.[430] Je länger ein Verfahren dauere, desto größer werde das legitime Interesse daran, es in absehbarer Zeit einer abschließenden Urteilsfindung zuzuführen.[431] Mit diesem „legitimen Interesse“ könnte die Betonung des Beschleunigungsgrundsatzes gemeint sein. Da allerdings die Verfahrensverzögerung im Falle rechtsmissbräuchlich gestellter Beweisanträge in einem dem Angeklagten zuzurechnenden Verhalten wurzelt, geht es hier im Schwerpunkt weder darum, den Angeklagten für einen möglichst kurzen Zeitraum den Belastungen eines Strafverfahrens auszusetzen, noch um die Realisierung der Maßgabe, dass eine rasche Verurteilung auch mit Blick auf die Realisierung der Strafzwecke geboten erscheinen kann.[432] Diese Aspekte stellen willkommene Begleiterscheinungen dar. Die Argumentation des BGH will hingegen primär mit Hinblick auf die Schonung staatli-

---

[428] Zu drastisch erscheint allerdings die von *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 133 vertretene Auffassung, der Rekurs auf den Topos sei obsolet, da durch ihn lediglich subjektive Überzeugungen zum Gegenstand der Abwägung gemacht würden. Im Topos kumulieren sich faktische Notwendigkeiten, sodass die Abwägung einen objektiven Ausgangspunkt erkennen lässt.

[429] Das BVerfG kennzeichnet § 112a StPO in BVerfGE 19, 342 (349 f.) als ein Instrument polizeilich-präventiver Natur. Die Entscheidung bezog sich auf die Vorgängerregelung in § 112 III StPO a. F.

[430] BGH, NJW 2005, 2466 (2468).

[431] BGH, NJW 2005, 2466 (2468).

[432] Zu diesem modernen, d. h. nicht nur auf Belange des Beschuldigten abzielenden Verständnis des Beschleunigungsgrundsatzes *Laue*, GA 2005, 648 ff.

cher Ressourcen verstanden sein, was nicht zuletzt der ausdrückliche Verweis[433] auf die Entscheidung zur Zulässigkeit von Verfahrensabsprachen aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung[434] eindeutig zu erkennen gibt.[435]

Im Rahmen der Entscheidung zur Zulässigkeit von Verfahrensabsprachen[436] wurde der BGH hinsichtlich der finanziellen beziehungsweise personellen Ausstattung der Justiz überdeutlich. Wie so oft nahm er Bezug auf die „Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz"[437] und betonte die Relevanz der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, wobei dies so gut wie möglich mit Blick auf alle einzuleitenden Strafverfahren beurteilt werden müsse.[438] Der BGH sah es ohne die Praxis der Absprachen nicht mehr als möglich an, dass „Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden", und bezog sich für diesen Befund als Argument auf einen Beschluss der Konferenz der Justizminister, in dem dargelegt worden war, dass die Strafjustiz am Rande ihrer Belastbarkeit arbeitete.[439] Mit Blick auf die knappen Ressourcen der Justiz, so der BGH, könne die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege ohne Zulassung der Urteilsabsprachen nicht länger aufrechterhalten werden.[440] Das BVerfG hat in einer späteren Entscheidung die in der Zwischenzeit ergangene Regelung des § 257c StPO für verfassungskonform gehalten und dabei ebenfalls auf den Topos rekurriert. Es ging jedoch nicht so deutlich wie der BGH auf den Aspekt der Ressourcenschonung ein.[441]

b) Analyse

In diesem Zusammenhang agiert der Topos in einem bis dahin ungekannten Kontext. Neu ist der Aspekt der Ressourcenschonung, ohne dessen Berücksichtigung die Strafrechtspflege nicht funktionsfähig sein könne.[442] Die Grundkonstellationen der zuletzt genannten Entscheidungen lassen zunächst kaum thematische Überschneidungspunkte erkennen. Eine Gemeinsamkeit besteht allerdings in dem Umstand der Miteinbeziehung des Arguments einer Notwendigkeit zur insgesamten Verfahrenserledigung. So trägt der BGH dem Umstand Rechnung, dass die Prozessverschleppung in einem Verfahren die Durchsetzung des Strafanspruchs nicht nur

433 BGH, NJW 2005, 2466 (2468).
434 BGH, NJW 2005, 1440, 1443 f.
435 BVerfG, NJW 2013, 1058 (1060 f.).
436 BGH, NJW 2005, 1440 (1441) verweist dabei auf die Entscheidung BGHSt 43, 195, in der der BGH – soweit ersichtlich – den Topos erstmals unter Rekurs auf die verfassungsrechtliche Rechtsprechung bemüht hatte.
437 BGH, NJW 2005, 1440 (1443 f.).
438 BGH, NJW 2005, 1440 (1443).
439 BGH, NJW 2005, 1440 (1443 f.).
440 BGH, NJW 2005, 1440 (1444).
441 BVerfG, NJW 2013, 1058 (1060).
442 Als neuartig kann diese Entscheidung auch in methodischer Hinsicht gelten, da der Topos hier zur Legitimation einer richterlichen Rechtsfortbildung dient.

in diesem, sondern auch in weiteren Verfahren beeinträchtigt, weil die finanziellen und personellen Ressourcen endlich sind.[443] Genauso verhält sich dies bei der Entscheidung zur Zulässigkeit der Verständigung: Das betroffene Verfahren ist nur der Anlass, nicht jedoch der originäre Grund für die Notwendigkeit der Zulässigkeit der Absprache. Der eigentliche Grund liegt vielmehr in der insgesamten Überlastung der Justiz.[444] Dies trägt gleichermaßen dem Umstand Rechnung, dass im betroffenen Verfahren gewisse Abstriche in Kauf genommen werden müssen, wenn nicht die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als solche in Zweifel gestellt werden soll.

Ein gemeinsamer Nenner beider Entscheidungen liegt zudem in dem Umstand, dass durch die Verwendung des Topos das Erfordernis der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs nicht nur zulasten der Wahrheitsfindung, sondern auch zulasten der Rechte des Beschuldigten akzentuiert wird. In Fällen der Prozessverschleppung ist dies offensichtlich, weil die Ablehnung eines Beweisantrags potenziell zuungunsten des Angeklagten wirken kann. Auch die Verfahrensverständigung lässt sich durchaus als Gefahr für die Rechte des Beschuldigten verstehen, weil dieser unter einen erheblichen Geständnisdruck geraten kann.[445]

5. Gesamtanalyse zur Verwendung des Topos in der Rechtsprechung

Konstruiert man ein Gesamtbild dieser Rechtsprechung zu den „klassischen" Themenkreisen[446], lassen sich im Wesentlichen die folgenden Erkenntnisse ableiten:

a) Zusammenfassung

Erstens fungiert der Topos angesichts seiner vielfältigen Verwendungsweise als eine Allzweckwaffe.[447] Anfangs war mit den „Bedürfnissen der Strafrechtspflege" im Kern gemeint, dass subjektive Rechte privater Personen in bestimmten Konstellationen hinter dem öffentlichen Interesse an der Findung der materiellen Wahrheit zurücktreten müssen. Die Begriffsverwendung ist dann auf Aspekte wie die Realisierung des staatlichen Strafanspruchs, die Gefahrenabwehr, die Förmlichkeit des Verfahrens und auch die Ressourcenschonung zum Zwecke der Bewältigung sämtlicher Verfahren ausgeweitet worden.

---

443 BGH, NJW 2005, 2466 (2468): „vor dem Hintergrund begrenzter Ressourcen der Strafjustiz".

444 So ausdrücklich BGHSt 50, 40 (54).

445 Ausführlicher zu dieser These siehe D. VI. 1. b). Sehr kritisch zum Phänomen der Verfahrensabsprache BeckOK-StPO[39]/*Eschelbach*, § 257c Rn. 1.1.

446 Dieses Gesamtbild ließe sich durch weitere, zum Teil aktuelle Beispiele aus der Rechtsprechung erweitern. Beispielsweise bemüht OLG Stuttgart, Beschluss vom 30. November 2020 – 4 Ws 265/20 – Rn. 8 ff., – juris den Topos, um die Durchführung der Hauptverhandlung trotz bestehender Gefahren der Corona-Pandemie zu rechtfertigen. Dort geht es also um eine Abwägung mit dem Gesundheitsschutz. Solche neuen Beispielsfälle bringen aber hinsichtlich der Bedeutung des Topos keinen neuen Erkenntnisgewinn. Sie reihen sich in die zum Topos bestehende Rechtsprechung ein.

447 Zutreffend *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 64.

Zweitens erweist sich die Verwendung des Topos als in Teilen widersprüchlich. So werden beim Problem der vorsätzlich herbeigeführten Verhandlungsunfähigkeit oder bei der Prozessverschleppung aus dem Begriff Abstriche bei der materiellen Wahrheitsermittlung legitimiert, obwohl andere Entscheidungen, insbesondere die Sozialarbeiterentscheidung, zu erkennen geben, dass die materielle Wahrheitsfindung ein dem Topos immanentes Postulat sein soll.[448]

Drittens ergibt sich aus der Zusammenschau der ersten beiden Aspekte eine gewisse Willkürlichkeit des Topos. Er wird bemüht, wenn es – um eine umgangssprachliche, aber sachlich zutreffende Formulierung zu wählen – gerade passt.[449] Insoweit erscheint der kritische Hinweis auf die immense rhetorische Wirkungsmacht des Topos nicht unverdient.[450]

Viertens erweist sich die Verwendung des Begriffs in sachlicher Hinsicht in weiten Teilen als überflüssig.[451] Diese Erkenntnis offenbart sich, wenn man sich die jeweilige Argumentationstechnik der Gerichte in Erinnerung ruft. Oft ist von den „unabweisbaren Bedürfnissen der Strafrechtspflege" die Rede und sodann wird in einem zweiten Schritt konkretisiert, wie diese Bedürfnisse im konkreten Fall ausgestaltet sein sollen, beispielsweise in Form der materiellen Wahrheitsfindung oder der Realisierung des staatlichen Strafanspruches.[452] Für eine zuverlässige und an Rechtssicherheit orientierte Abwägung wird damit wenig gewonnen. Ob etwa die materielle Wahrheitsfindung im konkreten Fall höher als das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zu veranschlagen ist, ist eine Frage, die als solche ohne Weiteres der Abwägung zugänglich ist. Der Umweg über die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" ist folglich häufig unnötig.[453] Genauso verhält es sich bei der Diskussion um die Verfassungskonformität des § 112a I StPO. In diesem Zusammenhang sind gegen den Freiheitsanspruch des Betroffenen die Interessen der Allgemeinheit an einer hinreichenden Gefahrenabwehr ins Feld zu führen. Die Einbindung des Topos bringt hier keinen echten Mehrwert.[454]

---

448 Dieser Befund ergibt sich beispielsweise aus der Gegenüberstellung BGH, JZ 2005, 1010 (1012) vs. BVerfGE 19, 342 (347). Auch in BVerfG, NJW 2013, 1058 (1060) wird das Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege neben das Gebot der Wahrheitserforschung gestellt.

449 Zu der Missbrauchsgefahr bereits Grünwald, JZ 1976, 767 (772 f.); *Riehle*, KJ 1980, 316 (321) und natürlich *Hassemer*, StV 1982, 275 (280).

450 Eingehend dazu *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 132 ff.

451 *Seibert*, in: Heyde/Starck, 40 Jahre Grundrechte, S. 206 (207) stellt gar die Vermutung an, keine der den Topos enthaltenden Entscheidungen sei ohne Bezugnahme auf den Topos anders ausgegangen. Diese Annahme ist aufgrund der rhetorischen Wirkungsmacht des Topos zweifelhaft.

452 Vgl. etwa BVerfGE 33, 367 (372).

453 Ähnlich *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., § 1 Rn. 7.

454 Im Ergebnis wie hier anhand anderer Beispiele aus der Rechtsprechung *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 448.

b) Schlussfolgerung

Käme man in weiten Teilen im Rahmen der rechtlichen Entscheidungsfindung gut ohne die Verwendung des Topos aus, bleibt zu fragen, ob er überhaupt aufrechtzuerhalten ist.[455]

Gegen die Abschaffung spricht im Generellen, dass es tatsächlich Bedürfnisse der Strafrechtspflege gibt, die unabweisbar sind.[456] Des Weiteren kann angesichts der hier erörterten Rechtsprechung nicht davon ausgegangen werden, dass die Verwendung des Topos grundrechtliche Positionen per se entkräftet.

Es ist allerdings nicht nur zu beleuchten, welche Argumente gegen die Abschaffung des Topos streiten. Spricht man sich für die Aufrechterhaltung aus, ist zu überlegen, wann, das heißt in welchen Konstellationen, der Topos bemüht werden sollte. Dies ist vor allem dort zu bejahen, wo sich ein Anwendungsbereich für den Topos auftut, in dessen Sachzusammenhang dieser nicht als Sammelbegriff für verschiedene ohnehin bekannte Teilziele des Strafverfahrens fungiert, sondern eine essenziell eigenständige Bedeutung aufweist.

Dies trifft auf die Fallgruppen 1. bis 3. nicht oder nur in sehr geringem Maße zu. Die Ermittlung der materiellen Wahrheit[457], die Realisierung des staatlichen Strafanspruchs sowie die Justizförmigkeit des Verfahrens sind schnell als Teilziele des Strafverfahrens identifiziert. Die Gefahrenabwehr ist das Ziel des Polizeirechts. Folglich existieren hier bereits übergeordnete Prinzipien, die einen Rekurs auf den Topos im Grunde entbehrlich machen. Ein eigenständiger Bedeutungsgehalt des Topos kann sich daher am ehesten noch aus der vierten Fallgruppe, in der es um die Berücksichtigung finanzieller und personeller Ressourcen geht, ergeben. Dieser Überlegung soll im Folgenden nachgegangen werden.

VI. Kostenerwägungen unter dem Gesichtspunkt der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“

Das wesentliche Erkenntnisinteresse einer möglichen Zuordnung von Kostenerwägungen zum Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ ergibt sich aus dem Umstand, dass die Gerichte ihn auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip[458] verwenden, um auf dem Wege der Abwägung

[455] *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 140 fordert zumindest den Topos als rhetorisches Mittel aufzugeben.

[456] Dementsprechend lässt sich für die Aufrechterhaltung trotz bestehender Bedenken eine herrschende Literaturmeinung benennen: Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., § 1 Rn. 8; *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Teil I Rn. 5; KK-StPO[6]/*Pfeiffer/Hannich*, Einleitung Rn. 23; *Rieß*, StraFo 2000, 364 (366); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., § 1 Rn. 7; *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 24 ff.

[457] Die Ermittlung der materiellen Wahrheit ist kein End- sondern ein Zwischenziel eines Strafverfahrens, zutreffend *Murmann*, GA 2004, 65 (66).

[458] BVerfGE 33, 367; kritisch dazu *Landau*, NStZ 2007, 121 (123).

Grundrechtseingriffe zu legitimieren.[459] Die Eigenschaft als Leitbegriff zur Herstellung von Legitimität ist die für die Praxis entscheidende und zugleich mitunter heftig kritisierte Funktion des Topos.[460] Exakt diese verfassungsrechtliche Legitimität ist ebenfalls erforderlich, wenn es um die Frage geht, ob ein staatliches Interesse an der Kostenschonung bei der Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs als Argument angeführt werden darf. Kann man es also als aus dem Topos „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege" resultierendes Gebot deuten, dass in bestimmten Fällen die grundrechtsbelastendere Maßnahme zum Zwecke der Ressourcenschonung ergriffen werden muss?

Während die Funktion des Topos passend erscheint, ist gleichzeitig eindeutig, dass die Entscheidungen zur Prozessverschleppung und zur Verständigung zunächst nicht die im vorherigen Teil aufgeworfene und bisher unbeantwortete Frage, ob im Rahmen der Wahl einer Ermittlungsmaßnahme aufgrund eines hohen Kostenaufwandes auf die kostengünstigere, aber grundrechtsbelastendere Maßnahme ausgewichen werden darf, betreffen. Die Entscheidungen bringen immerhin zum Ausdruck, dass die Ressourcenknappheit kein ausschließlich hintergründig organisatorisches Problem darstellt, sondern die rechtliche Entscheidungsfindung der Gerichte beeinflussen kann. Bedenkt man, dass die Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden durch den Einsatz finanzieller Mittel gesteuert werden, scheint in Anbetracht der genannten Entscheidungen jedenfalls der BGH die Auffassung, fiskalische Aspekte hätten im Strafverfahren keine rechtliche Bedeutung[461], nicht in Gänze zu teilen.

1. *Übertragung der Erwägungen des BVerfG und des BGH auf das allgemeine Knappheitsproblem*

Als entscheidend erweist sich daher die Überlegung, inwieweit den Entscheidungen verallgemeinerungsfähiges, das heißt auf den hier aufgeworfenen Problemfall übertragbares Gedankengut zu entnehmen ist.

a) Generelle Möglichkeit der Verwendung des Topos zugunsten der Ressourcenschonung

Insoweit ist eingangs festzustellen, dass insbesondere die Entscheidung zum „Deal"[462] die Problematik der Mittelknappheit in ihrem Kern erfasst. Der BGH formuliert eindeutig, dass das durch die Strafprozessordnung vorgegebene Programm ohne Instrumente neben dem (damals geltenden) Gesetz, in Form von Absprachen,

---

[459] Sehr weitreichend beispielsweise auch im Bereich des Brechmitteleinsatzes, dazu OLG Frankfurt a. M., NJW 1997, 1647.

[460] *Hassemer*, StV 1982, 275 (277 f.); *Limbach*, in: Strafverteidigervereinigungen, Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung, S. 35 (42); *Rieß*, StraFo 364 (366) sieht die entscheidende Gefahr des Topos nicht in der Verwendung durch die Gerichte, sondern in seiner Wirkmacht im Rahmen der rechtspolitischen Argumentation.

[461] *Nestler*, JA 2012, 88 (95).

[462] BGHSt 43, 195; BVerfG, NJW 2013, 1058 ff.

hinsichtlich der Vielzahl der zu bearbeitenden Verfahren nicht mehr zu schaffen wäre.[463] Die Verständigung ist damit unzweifelhaft ein Rechtsinstrument, das zur Schonung staatlicher Ressourcen bestimmt ist. Für den Fall der Prozessverschleppung ist ebenfalls erkennbar, dass es dem BGH um die Schonung staatlicher Ressourcen geht, da er vor dem Hintergrund einer funktionsfähigen Strafrechtspflege im Beschleunigungsgrundsatz eine Komponente, die den staatlichen Aufwand schonen will, verankert sieht: „*Je länger ein Verfahren dauert, desto größer wird das legitime Interesse daran, es in absehbarer Zeit einer abschließenden Urteilsfindung zuzuführen, sofern nicht sachliche Gründe eine Verhandlung über Monate oder gar Jahre hin unerläßlich machen.*“[464] Diese Ausführungen kommen einem modernen Begriffsverständnis des Beschleunigungsgrundsatzes nahe, der nach dieser Lesart entgegen der Formulierung in Art. 6 I 1 EMRK nicht nur zugunsten des Beschuldigten, sondern auch zugunsten der staatlichen Ressourcenschonung ins Feld geführt werden kann.[465] Unter Einbeziehung dieses Verständnisses des Beschleunigungsgrundsatzes wird erkennbar, dass nach Auffassung des BGH die Notwendigkeit der Bewältigung sämtlicher Verfahren durchaus als Argument in der Rechtsfindung in Erscheinung treten kann.[466] Es gilt auch in diesem Sachzusammenhang, dass die Verfahrensverzögerung im einen Verfahren die Bewältigung anderer Verfahren nicht gefährden soll. Das Bestreben, das Verfahren beschleunigt durchzuführen, fungiert in diesem Zusammenhang somit nur als eine Spielart der Bestrebung, die generelle Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege aufrecht zu erhalten. Auf diesem Wege verortet der BGH die Notwendigkeit der Erledigung aller anfallenden Verfahren im Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“.[467] Wie gut die Erledigung der Gesamtheit aller anfallenden Verfahren gelingt, ist stets von den vorhandenen personellen, sachlichen und finanziellen Mitteln abhängig. Der BGH erkennt an, dass diese Mittel endlich sind, nimmt deshalb Abstriche von dem in der StPO vorgesehenen Programm in Kauf und legitimiert diese durch den Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“. Eine Übertragung auf das hier im Ermittlungsverfahren angesiedelte Problem bietet sich folglich an, weil auch dort der nicht zu leugnenden Endlichkeit zur Verfügung stehender Ressourcen im Rahmen der Rechtsanwendung Rechnung getragen werden muss, indem die im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen anfallende Kostenlast möglichst gering gehalten wird.

---

[463] BGHSt 50, 40 (54).

[464] BGH, NJW 2005, 2466 (2468).

[465] Dazu *Laue*, GA 2005, 648 ff.

[466] Auch in BVerfG, NJW 2009, 1469 (1474) wird der Zusammenhang zwischen dem Beschleunigungsgrundsatz und dem Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ ausdrücklich betont.

[467] *Viering*, Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems im Strafverfahren, S. 43 will hierin eine Verkürzung des Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ auf den Gedanken der Effizienz erkennen.

b) Möglichkeit der Verwendung des Topos zulasten des Beschuldigten

Der wesentliche Unterschied zwischen der hier aufgeworfenen Frage, ob im Ermittlungsverfahren aufgrund des Kostenaufwandes die grundrechtsbelastendere Maßnahme gewählt werden darf und der Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Verständigung könnte darin gesehen werden, dass der Angeklagte bei der Verständigung zwingend mitzuwirken hat und im Ausgangspunkt nur eine für ihn günstige Verständigung akzeptieren wird.[468] Zu Recht wird gegen eine solche Betrachtung eingewandt, dass das Instrument der Verständigung auf den Angeklagten erheblichen Druck auslösen kann, was mit Blick auf die Selbstbelastungsfreiheit überaus problematisch erscheint.[469] Die Verständigung bringt daher keineswegs nur Einschnitte für das staatliche Strafverfolgungsinteresse mit sich, sondern kann ebenso Wirkung zulasten des Angeklagten entfalten, sodass eine Vergleichbarkeit nicht abgelehnt werden muss. In der Konstellation der Prozessverschleppung ist die negative Auswirkung der Ressourcenschonung zulasten des Beschuldigten schon auf den ersten Blick erkennbar. Hier fungiert der Topos eindeutig zur Beschneidung von Mitwirkungsrechten, indem ein Beweisantrag aus dem Lager des Angeklagten zurückgewiesen wird. Auch die Rechtsprechung geht daher nicht davon aus, dass die Verwendung des Topos unter dem Gesichtspunkt der Ressourcenschonung ausschließlich zugunsten des Beschuldigten gehen muss. Vielmehr erfährt die aus der Rechtsprechung bekannte gegen Beschuldigtenrechte streitende Komponente des Topos eine Betonung.

c) Möglichkeit der Verwendung des Topos trotz Unterschiedlichkeit des Verfahrensstadiums

Ein weiteres Hemmnis für die Verallgemeinerungsfähigkeit der Entscheidungen könnte man in dem Umstand sehen, dass die Entscheidungen der Rechtsprechung dem Hauptverfahren entstammen, wohingegen bei dem hier aufgeworfenen Problem die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen in Rede steht, die seitens der Staatsanwaltschaft im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zumindest initiiert werden. Allerdings ist schon aufgrund der Zugehörigkeit von Ermittlungs- und Hauptverfahren zum Erkenntnisverfahren nicht naheliegend, dass die Ressourcenschonung als Rechtsargument nur im Hauptverfahren zulässig ist. Ausgehend vom hier vertretenen Standpunkt erscheint sogar die Annahme eines Erst-recht-Schlusses denkbar: Wenn selbst im Rahmen der verfahrensabschließenden Entscheidung Rechte des Angeklagten aufgrund monetärer Aspekte in ihre Schranken verwiesen werden, muss dies erst recht für Fragestellungen des vorgeschalteten Ermittlungsverfahrens gelten, da eine im Rahmen eines Urteils vorgenommene Kostenargumentation in unmittelbarer Weise den Schuldspruch betrifft, durch dessen Rechtskraft der Angeklagte die bis dahin für ihn streitende Unschuldsvermutung verliert. Eine kosten-

[468] Gem. § 257c III 4 StPO hängt das Zustandekommen der Verständigung von der Zustimmung des Angeklagten ab.

[469] *König*, NJW 2012, 1915 (1917).

berücksichtigende Ermittlungsmaßnahme greift die Unschuldsvermutung hingegen lediglich insoweit an, als dass aus dem Argument der Kostenberücksichtigung eine Ermittlungsmaßnahme gewählt wird, die zur Überführung des Beschuldigten, ebenso aber zu seiner Entlastung, potenziell beitragen kann.[470]

Die Staatsanwaltschaft ist zudem anders als das Gericht eine zumindest im formellen Sinn der Exekutive zuzuordnende Behörde,[471] sodass bei der Ausübung staatsanwaltlicher Tätigkeiten die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes umso naheliegender erscheint.

d) Möglichkeit der Verwendung des Topos trotz unterschiedlicher Mitwirkungsmöglichkeit des Beschuldigten

Schließlich kann man die Verallgemeinerungsfähigkeit der Entscheidungen für den Bereich der Kostenüberlegungen anzweifeln, weil sich die Situationen beider Gerichtsentscheidungen dadurch kennzeichnen, dass der Beschuldigte durch sein eigenes Verhalten einen Beitrag zur Entscheidung des Gerichts gegeben hat. So muss der Angeklagte im Rahmen der Verständigung gem. § 257c III 4 StPO sein Einverständnis erklären. Im Rahmen der Prozessverschleppung haben die Beweisanträge des Angeklagten beziehungsweise seines Verteidigers die lange Prozessdauer verursacht. Im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren hat der Beschuldigte hingegen in der Regel kaum Einfluss auf den bisherigen Verfahrensgang, sodass das Mitwirkungselement fehlt. Ebenso kann sich die Maßnahme gegen einen Betroffenen richten, der selbst nicht Beschuldigter ist.[472] Insoweit ist es zutreffend, dass die Sachlage eine andere als im Rahmen der Entscheidungen zum „Deal“ und zur Prozessverschleppung ist. Allerdings sind diese Unterschiede nicht derart gewichtig, dass sie zu der Annahme zwingen, die zitierten Entscheidungen verböten eine Übertragung des Topos auf Konstellationen des Ermittlungsverfahrens. Die Gerichte gehen in ihren sonstigen Entscheidungen zum Topos davon aus, dass aus ihm äußerst intensive Grundrechtseingriffe legitimiert werden können. Dies zeigt sich insbesondere an der Rechtsprechung zur Beweisverbotslehre, wo der Topos auf dem Wege der Abwägungsprüfung die Verwertung eines Beweismittels erlauben kann, obwohl dieses unter Verstoß gegen geschriebenes Strafprozessrecht erlangt wurde.[473] Im Gegensatz dazu kennzeichnet sich die hier bezüglich des Ermittlungs-

---

[470] Unterschätzt werden sollte dieser Umstand gleichwohl nicht. Einschlägige Untersuchungen zeigen, dass das Gericht tendenziell Erkenntnisse aus der Ermittlungsakte adaptiert, anstatt diese vollständig neu zu hinterfragen. Die psychologische Lage des Gerichts entspricht daher häufig nicht den Anforderungen des Gesetzes, dazu *Schünemann*, in: Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger, Verfahrensgerechtigkeit, S. 215 (231).

[471] *Eisele/Trentmann*, NJW 2019, 2365; Albrecht, Kriminologie, 4. Aufl., S. 219.

[472] Zum Beispiel im Fall des § 100a III Alt. 2 StPO.

[473] Etwa BVerfG, NStZ 2011, 103 ff. Auch die die Große Strafrechtskommission des deutschen Richterbundes hat die immense Reichweite im Rahmen eines Gutachtens kritisch gesehen. Sie meint, Leitlinien über die Frage, wann ein Beweismittel trotz Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot verwertbar sei, solle der Gesetzgeber im Rahmen einer Generalklausel regeln, siehe

verfahrens untersuchte Situation[474] dadurch, dass die einfachgesetzlich normierten Voraussetzungen der jeweiligen Ermittlungsgrundlage vorliegen. Hier greift der Topos folglich erst im nachgeordneten Glied der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein, wohingegen er im Fall eines Beweiserhebungsverbots einen Verstoß gegen geltendes Recht im Ergebnis unbeachtlich macht. Der Verwendungsweise des Topos im Bereich der Rechtsprechung folgend wäre es deshalb wertungsmäßig konsequent, dass der Beschuldigte in bestimmten Sachverhaltskonstellationen auch die grundrechtsintensivere Maßnahme zugunsten der Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege zu dulden haben müsste.

e) Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es unter Zugrundelegung des Begriffsverständnisses der Rechtsprechung folgerichtig erscheint, wenn der Topos zumindest auch instrumentalisiert wird, um das Ausweichen auf die grundrechtsbelastendere Ermittlungsmaßnahme aus Kostengründen zu legitimieren. Nach diesem Begriffsverständnis könnte man formulieren, dass die Wahl der grundrechtsbelastenderen Maßnahme aus Kostengründen zur Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege zumindest gerechtfertigt sein kann.

2. Rechtliche Überzeugungskraft einer Verortung von Kostenerwägungen im Topos

Dass ein solches Verständnis die einschlägige Rechtsprechung auf das hier zu behandelnde Problem stimmig übersetzt, stellt jedoch die inhaltliche Richtigkeit der Überlegung nicht unter Beweis, sondern lässt sie allenfalls als denkbar erscheinen. Nicht zuletzt aufgrund der bestehenden weitreichenden Kritik am Topos bleibt deshalb in einem weiteren Untersuchungsschritt zu klären, ob die Verortung von Kostenüberlegungen im Topos auch in inhaltlicher Hinsicht tatsächlich überzeugt.

Um beurteilen zu können, ob eine überzeugende Verortung von Kostenerwägungen im Topos gelingen kann, muss eine Auseinandersetzung mit der am Topos bestehenden Kritik erfolgen. Dafür ist herauszuarbeiten, welche Kritikpunkte gegen den Topos ins Feld geführt werden und ob sich diese für den Fall der Verortung von Kostenerwägungen im Topos als berechtigt erweisen.

---

dazu https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungen Fachbuecher/Gutachten_Beweisverbote_Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=1, S. 143 f.; passend dazu auch die als Anmahnung gemeinte Frage, ob man zentrale Lösungen nicht eher im geschriebenen Recht suchen solle, *Limbach*, in: Strafverteidigervereinigungen, Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung S. 35 (42).

474 Siehe den obigen Beispielsfall unter B. III. 1.

a) Kritik am Topos

Dass der Topos, insbesondere seine konkrete Verwendungsweise in der Rechtsprechung,[475] nicht gänzlich zu Unrecht in der Kritik steht, hat schon die obige Analyse der Verwendung des Begriffs in der Rechtsprechung, die den Topos als Allzweckwaffe kennzeichnet, der mehr oder weniger beliebig und auch in widersprüchlichen Spielarten eingesetzt wird, gezeigt.[476] Zuweilen wird die übermächtige rhetorische Wirkungsmacht ins Zentrum der Kritik gestellt,[477] verbunden mit der kritischen Frage, ob nicht die wesentlichen Entscheidungskriterien besser dem geschriebenen Recht entnommen werden sollten[478]. Andere Autoren stören sich weniger am Topos selbst, verlangen aber jedenfalls dann den Verzicht auf diesen, wenn er zur Beschneidung grundrechtlicher Gewährleistungen eingesetzt wird.[479] Im Einzelnen lassen sich die inhaltlichen Kritikpunkte mithilfe der folgenden Aspekte systematisieren:

Erstens kämpfe der Topos ausschließlich auf der Seite staatlicher Strafverfolgungsinteressen und werde zur Beschneidung von Beschuldigten- beziehungsweise Betroffenenrechten missbraucht.[480]

Zweitens verweise der Topos die Betroffenenrechte in ein Abwägungsverhältnis.[481] Diese Abwägung könne nur unter subjektiven Gesichtspunkten erfolgen, da sie keine objektive Anhaltspunkte erkennen lasse.[482]

Drittes erlaubten die empirischen Daten keinen Schluss dahingehend, die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege sei nachhaltig bedroht.[483]

Viertens sei eine Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip unmöglich, weil der Topos ausschließlich auf Seiten der Strafverfolgung kämpfe und Beschuldigtenrechte nicht inkludiere. Folglich könne der Topos auch nicht als Legitimationsgrundlage für die Beschneidung von Beschuldigtenrechten herangezogen werden.[484]

Fünftens sei die Abwägung von Anfang an zum Scheitern verurteilt, weil auf Seiten der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege die entscheidenden Parameter nicht zu bestimmen seien. So sei „Funktionstüchtigkeit“ der semantisch gesehen

---

475 Gemeint ist, dass in der Rechtsprechung ein Spannungsverhältnis zwischen dem Topos und grundrechtlichen Gewährleistungen aufgebaut wird. Zu weiteren Beispielen aus der älteren Rechtsprechung vgl. etwa *Niebier*, in: FS Kleinknecht, 299 (316 ff.).

476 S. oben D. V. 5. a).

477 Dazu *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 132 ff.

478 *Limbach*, in: Strafverteidigervereinigungen, Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung, S. 35 (42).

479 Schmahl in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts 1, § 2 Rn. 21 m. w. N.; im Ergebnis ähnlich *Landau*, NStZ 2007,121 (127), der meint, der Topos richte sich ausschließlich an den Gesetzgeber.

480 Besonders deutlich *Hassemer*, StV 1982, 275 (277).

481 Das ist zunächst keine These, sondern ein anerkanntes Faktum. Dies klarstellend BVerfG, NJW 2011, 2417 (2419).

482 *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 116.

483 So schon *Rieß*, in: FS-Sarstedt, 253 (269 f.); *Lilie*, Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, Teil D, S. 47 ff.

484 Zum Vorstehenden *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 43.

falsche Begriff. Die Verwendung des Begriffs „Effektivität" sei ebenso nicht möglich, weil sich eine solche aufgrund der komplexen Zielbestimmungen des Strafverfahrens nicht messen lasse, sodass auch keine Abwägung zwischen Betroffenenrechten und der „Effektivität der Strafrechtspflege" stattfinden könne.[485]

b) Entwicklung eines eigenen Begriffsverständnisses

Wenn der Topos für das staatliche Interesse an der Ressourcenschonung fruchtbar gemacht werden soll, ist dies nur plausibel, wenn sich die bestehende Kritik entkräften lässt. Zum Zwecke der Beantwortung der dadurch aufgeworfenen Frage sollen die soeben genannten Kritikpunkte im Folgenden nacheinander abgearbeitet werden.

aa) Vorwurf Nr. 1: Der Topos kämpft nur auf Seiten der Strafverfolgungsinteressen

Der Vorwurf, der Topos kämpfe nur auf Seiten der Strafverfolgungsinteressen und sei daher einseitig, trifft unter Zugrundelegung der Begriffsverwendung in der Rechtsprechung weitestgehend zu.[486] Das hier zu entwickelnde, die Berücksichtigung des Kostenaufwandes in den Fokus nehmende Begriffsverständnis bezieht sich darauf jedoch nur im weitesten Sinne. Im vorliegenden Sachzusammenhang muss aus dem Topos folgen, dass bei der Ausübung staatlicher Strafverfolgungstätigkeit die Bedingung der Ressourcenknappheit mitgedacht und in der Rechtsfindung berücksichtigt werden muss.[487] Dieser Schritt nimmt dem Topos aber gerade die Einseitigkeit, weil die rechtliche Berücksichtigung des Kostenaufwandes in zwei Richtungen ausschlagen kann: So kann es der Topos dann einerseits erlauben, aus Kostengründen zulasten des Beschuldigten die ihn stärker belastende Maßnahme zu ergreifen, obwohl das Ergreifen einer milderen Maßnahme für sich gesehen möglich wäre. Andererseits kann er sich entgegen seiner üblichen Verwendung in der Rechtsprechung auch zugunsten der Beschuldigtenrechte auswirken. So bedeutet die oben[488] erläuterte Verteilungsproblematik, dass nicht nur Einschnitte in grundrechtliche Gewährleistungen in gewissem Maße hinzunehmen sind, sondern ebenfalls solche im Rahmen des Legalitätsprinzips erfolgen müssen. Unterbleiben Ermittlungen gegen den Beschuldigten aus Kostengründen, wirkt sich dies für den Beschuldigten selbst dann ausschließlich zu seinen Gunsten aus, wenn das Verfahren nicht nach § 170 II 1 StPO, sondern nach § 153 I StPO eingestellt wird.[489] Diese These gilt nicht nur unter pragmatischen Gesichtspunkten, sondern ebenso in rechtlicher Hinsicht, denn der Beschuldigte hat nach zutreffender Rechtsprechung

---

485 Zum Vorstehenden *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 8 f.

486 A. A. *Rieß*, StraFo 2000, 364 (366).

487 *Viering*, Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems, S. 41.

488 Siehe dazu die Ausführungen unter C. II.

489 Auf den Zusammenhang zwischen Kostenerwägungen und dem Legalitätsprinzip wird im 3. Teil der Untersuchung ausführlich eingegangen.

des BGH keinen Anspruch auf die Aufklärung des Sachverhalts zum Zwecke der Feststellung seiner Unschuld.[490] Mit anderen Worten bleibt es dann bei der Geltung der Unschuldsvermutung.

Nach dem hier angestrebten Begriffsverständnis trifft der Vorwurf der Einseitigkeit des Topos folglich nicht zu. Ihm obliegt vielmehr eine austarierende, vermittelnde Wirkung zwischen den widerstreitenden Belangen.

bb) Vorwurf Nr. 2: Der Topos verweist Beschuldigtenrechte in ein subjektiv geprägtes Abwägungsverhältnis

Die Feststellung, der Topos verweise die Beschuldigtenrechte in ein Abwägungsverhältnis, ist unzweifelhaft zutreffend, wobei diese Feststellung sowohl für die Verwendung in der Rechtsprechung als auch in der hier angedachten Form gilt, da das betroffene Grundrecht sich im Wege der Abwägung mit dem staatlichen Kostenschonungsinteresse beweisen muss. Die Kernfrage lautet deshalb, ob die Vornahme einer Abwägungsprüfung an dieser Stelle hingenommen werden kann. *Patz* lehnt dies im Kern mit dem Argument ab, es fehle ein objektiver Abwägungsmaßstab, sodass die Abwägung subjektiv und insbesondere durch das Wunschergebnis determiniert sei.[491] Diese Kritik hat einen wahren Tatsachenkern, überzeugt jedoch nicht vollends: Das Fehlen eines objektiven Abwägungsmaßstabs ist ein grundsätzliches Problem jedes Abwägungsvorgangs. Die Subjektivität ist der Methode gewissermaßen immanent.[492] Zugleich kann auf Abwägungsprüfungen im Recht nicht verzichtet werden.[493] Eingedenk der wichtigen grundrechtssensiblen Gerichtsentscheidungen, die mit dem Ergebnis einer Abwägung stehen und fallen, stellt es keine überzeugende Schlussfolgerung dar, eine Abwägung mit dem Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ im Generellen untersagen zu wollen.[494] Vielmehr ist es geradezu prägend für einen Rechtsstaat, dass Leit- und Einzelfallentscheidungen durch die Methode der Abwägungsprüfung getroffen werden, weil materielle Gerechtigkeit bei der Kollision widerstreitender Interessen nicht anders als durch Abwägung zu erlangen ist. Das Rechtsstaatsprinzip formuliert daher selbst ein Gebot der Abwägung.[495]

---

[490] BGHSt 10, 88 (93); ähnlich BVerfG, NStZ 1984, 228 (229).

[491] *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 116 mit Verweis auf *Hesse*, AnwBl 2001, 189 (192).

[492] *Hesse*, AnwBl 2001, 189 (192); *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 210; *v. Kielmansegg*, JuS 2009, 118 (122).

[493] *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 128.

[494] Für die Abwägung als geeignetes Instrument lässt sich durchaus die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH benennen. So hält *Rieß*, StraFo 2000, 364 (366) den Umgang der Gerichte mit dem Topos für „insgesamt behutsam“.

[495] *Bleckmann*, JuS 1994, 177 (179).

Darüber hinaus tangiert die Abwägung zwischen dem Topos und den Beschuldigtenrechten auch keine Aspekte, die als „unverfügbar“ gelten und einer Abwägung daher entzogen sein müssten.[496] Solche Überlegungen stellt *Weigend* an, indem er Größen wie die Unschuldsvermutung, den Nemo-tenetur-Satz oder die Menschenwürde im Allgemeinen als unverfügbar und damit abwägungsfest ansieht.[497] Anknüpfend an die Idee *Weigends* geht *Patz* auch auf einen Aufsatz des Topos-Kritikers *Hassemer* ein, der sich dem Problem nähert, indem er dem Staat die Rolle eines „Dritten“ zuweist, der staatliche Interessen nicht gegen Individualrechte durchsetzen dürfe.[498] Ob dieser Ansatz zielführend ist, kann dahinstehen. Jedenfalls steht das hier vertretene Begriffsverständnis auch zur Idee *Hassemers* nicht in Widerspruch: Die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes stellt die Bewältigung anderer Strafverfahren und Staatsaufgaben sicher. Dass aus Kostengründen auf die grundrechtsbelastendere Maßnahme ausgewichen wird, verfolgt in Anbetracht der bisherigen Erkenntnisse[499] gerade keinen reinen Selbstzweck des Staates, sondern zielt auf die Realisierung kollektiver Interessen der Bürger ab.

Richtigerweise ist somit festzuhalten, dass das Austarieren der konfligierenden Gesichtspunkte – Erfordernis der Ressourcenschonung vs. Gewährleistung grundrechtlicher Positionen – in methodisch korrekter Weise auf dem Wege der Abwägungsprüfung erfolgen darf.

cc) Vorwurf Nr. 3: Die faktisch vorhandenen Statistiken lassen keine Gefährdung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege erkennen

Auch die vorliegende Untersuchung kann nicht gänzlich ohne eine Stellungnahme zur Problematik der immensen Belastung insbesondere von Staatsanwälten und Richtern sowie zu der Klage über die unzureichende finanzielle Ausstattung gerade der Strafjustiz auskommen. Dabei fällt die Festlegung, ob die Strafrechtspflege mittlerweile durch Sparzwänge in ihrer Funktionsfähigkeit konkret gefährdet ist, mehr als schwer.[500] Gegen eine solche Annahme sprechen zunächst die Erledigungszahlen, die auch in den letzten Jahren weitestgehend konstant geblieben sind.[501] Einige Be-

---

[496] Die zum Topos ergangenen Entscheidungen zeigen auch, dass der von *Hassemer*, StV 1982, 275 (279) erhobene Vorwurf, die Abwägung mit den Freiheitsrechten sei deplatziert und die Freiheitsrechte stünden chancenlos dar, nicht zutrifft.

[497] *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271 (293). Er kommt zu dem Ergebnis, Grundrechte, mit Ausnahme der Menschenwürde gem. Art. 1 I GG, könnten nicht als abwägungsfeste Elemente gezählt werden.

[498] Patz, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 122 mit Verweis auf *Hassemer*, in: FS Maihofer, S. 183 (202 f.).

[499] Siehe insbesondere die obigen Ausführungen unter C. II.

[500] Dahin tendierend BeckOK-StPO[39]/*Eschelbach*, StPO § 257c Rn. 1.8; dagegen Patz, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 87.

[501] Die Erledigungszahlen liegen für Staatsanwaltschaften beim Landgericht und Amtsanwaltschaften für die Jahre 2012–2018 zwischen 4.556.600 (Jahr 2012) und 5.181.670 (Jahr 2015), siehe dazu Statistisches Bundesamt. Fachserie 10. Reihe. 2.6, S. 43, abrufbar unter https://www.

richte aus der Praxis zeichnen hingegen ein anderes Bild.[502] Die tatsächliche Lage ist nicht zuletzt aufgrund der sich fortlaufend ändernden Bedingungen schwer einzuschätzen; rechtliche Schlüsse aus der Belastung der Strafjustiz zu ziehen fällt noch schwerer. Die Frage, welche Anstrengungen in finanzieller Hinsicht von Seiten des Gesetzgebers im Rahmen der Budgetbereitstellung zu fordern sind, wird an einer späteren Stelle der Untersuchung gesondert erörtert.[503]

Im jetzigen Untersuchungsschritt soll hingegen das Problem aus einer anderen Perspektive angegangen werden: Richtet sich die öffentliche Diskussion vor allem auf die (unzureichende) Finanzausstattung, bleibt doch zunächst zu fragen, ob die Behauptung, die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege sei in tatsächlicher Hinsicht nicht bedroht, als solche überhaupt geeignet ist, den Rekurs auf den Topos obsolet zu machen.

Die obigen[504] Erörterungen zum Ressourcenaufwand als verfassungsrechtlichem Argument deuten bereits an, dass dies zumindest im hiesigen Kontext nicht der Fall ist. Unabhängig davon, ob man von einem verfassungskonformen oder einem verfassungswidrigen Budget zur Strafverfolgung ausgeht, bleibt in der Rechtsanwendung immer die Notwendigkeit zur Bewältigung aller anfallenden Verfahren aus einem vorgegebenen Rahmen bestehen. Sollte sich der zur Bewältigung dieser Verfahren zur Verfügung gestellte Betrag als verfassungswidrig gering erweisen, erlangt der Topos an Bedeutung, da der Staatsanwalt bei einem besonders geringen Budget eher geneigt sein müsste, auf die kostenschonende, aber grundrechtsintensivere Maßnahme zurückzugreifen. Dann bedarf es einer Abwägung zwischen Grundrechtsverwirklichung, Aufklärungsinteresse und Kostenschonungsinteresse umso mehr. Soll beispielsweise eine deutlich grundrechtsintensivere Maßnahme gewählt werden, die im Vergleich zur sonst in Betracht kommenden Maßnahme nur zu einer marginalen Kosteneinsparung führt, kann die im Rahmen des Topos vorzunehmende Abwägung gebieten, dass die grundrechtsintensivere Maßnahme zu unterbleiben hat. In diesem Zusammenhang kann man den Topos im Sinne *Landaus* als an den Staat gerichtete Pflicht zur Schaffung und Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, deren Erfüllung der Staat schuldet, deuten.[505]

Geht man hingegen von einem verfassungskonformen Budget aus, dann ist der Rekurs auf den Topos schon aus dem Aspekt notwendig, dass nur eine die entstehenden Kosten im Blick behaltende, nicht jedoch eine kostenblind agierende Strafrechtspflege „funktionsfähig“ sein und bleiben kann. Ist die finanzielle Ausstattung der Strafverfolgungsbehörden verfassungskonform, erscheint es im Grund-

destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260187004.pdf?__blob=publicationFile.

502 Etwa *Rebehn*, DRiZ 2018, 204 f.; *Allensbach*, Roland Rechtsreport 2019, S. 45, wonach 92 % der befragten Staatsanwälte die personelle Ausstattung der Staatsanwaltschaften für „sehr schlecht“ oder „eher schlecht“ halten.

503 Siehe dazu Teil 5.

504 Siehe die Ausführungen unter C.

505 So das Begriffsverständnis bei *Landau*, NStZ 2007, 121 (127).

satz nicht zu beanstanden, wenn unter Bezugnahme auf den Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ sowohl das Strafverfolgungsinteresse als auch die grundrechtlichen Gewährleistungen des Betroffenen jeweils unter dem Aspekt der zur Strafverfolgung zur Verfügung stehenden Ressourcen austariert werden.[506] Auch bei einer verfassungskonformen Finanzausstattung können die Strafverfolgungsbehörden nicht völlig kostenblind agieren.

Dass die Ressourcenknappheit in der Rechtsfindung eine zu berücksichtigende Notwendigkeit ist, die der rechtlichen Fundierung bedarf, gilt demnach unabhängig davon, ob man von einem verfassungskonformen oder einem verfassungswidrig niedrigen Budget ausgeht. Der Rekurs auf den Topos behält in beiden denkbaren Fällen seine Existenzberechtigung.

dd) Vorwurf Nr. 4: Die Ableitung des Topos aus dem Rechtsstaatsprinzip inkludiert keine Beschuldigtenrechte und kann daher keine Legitimationswirkung entfalten

Der Vorwurf, die Herleitung des Topos aus dem Rechtsstaatsprinzip sei nicht überzeugend, da im Rahmen dieser Ableitung die Rechte des Beschuldigten nicht in Erscheinung träten, stellt sich aufgrund der erkennbaren Einseitigkeit als bedenkenswert dar. Die Kritik ist jedoch zu drastisch formuliert. So hat die obige Analyse ergeben, dass der Topos vor allem dazu verwendet wird, ohnehin anerkannte Teilziele des Strafverfahrens abzubilden. Das mag man für unnötig halten, allerdings stellen diese Teilziele für sich gesehen Subprinzipien des Rechtsstaatsprinzips dar[507] und können daher leicht auf Art. 20 III GG zurückgeführt werden. Dass Beschuldigtenrechte in der Abwägung gegen diese Interessen gestellt werden, falsifiziert die Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip also zumindest nicht automatisch.

Darüber hinaus muss der Topos gerade im hier erörterten Zusammenhang nicht zwingend so interpretiert werden, dass er den Beschuldigtenrechten einseitig gegenübergestellt wird. Ebenso denkbar erscheint die Formulierung, dass eine Strafrechtspflege „funktioniert“, wenn sie die Teilziele des Strafverfahrens und damit auch die Wahrung der Beschuldigtenrechte unter der Bedingung der Ressourcenknappheit optimal austariert. Ein solches Verständnis könnte folglich Beschuldigtenrechte innerhalb des Topos problemlos berücksichtigen,[508] wobei das Erfordernis der Abwägung der widerstreitenden Belange in gewohntem Maße existent bliebe.

---

506 Insoweit ist der Hinweis zutreffend, dass der Gesetzgeber Abstriche dulden muss, „was immer er in den Verfahrensordnungen vorschreibt“, *Hassemer*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 529 (536); ähnlich *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl., S. 171.

507 Das BVerfG betont gar den Gedanken der Gerechtigkeit, so etwa BVerfGE 38, 105, (115); BVerfG, NJW 2013, 1058 (1059 f.).

508 Diese These wird im Folgenden näher erläutert.

ee) Vorwurf Nr. 5: Die Abwägung ist in inhaltlicher Hinsicht nicht durchführbar, weil auf Seiten des Topos die einzustellenden Parameter nicht bestimmbar sind

Schließlich bleibt ein letzter, in der Tat ins Gewicht fallender Vorwurf zu erörtern. Angesprochen sind damit die im Topos angelegten semantischen Probleme. Richtigerweise weist *Patz* darauf hin, dass diese erheblich sind.[509] So sind in der Rechtsprechung verschiedene Derivate des Begriffs „Funktionstüchtigkeit" wie „Effizienz", „Effektivität" oder „Wirksamkeit" zu finden, wobei diesen seitens der Gerichte im Wesentlichen keine unterschiedliche Bedeutung oder Funktion zugemessen werden. Dieser Aspekt wird überraschenderweise in der Literatur kaum angegriffen. So meint auch *Landau* die verschiedenen Begriffe beschrieben denselben Kern.[510] Dies ist mit Blick auf die Handhabung in der Rechtsprechung zutreffend, aber zugleich problematisch, weil die Begriffe zumindest in Teilen etwas anderes bedeuten. Warum die Verwendung verschiedener Begriffe als angebliche Synonyme – also ihrem inhaltlichen Bedeutungsgehalt nach falsch – vorzugswürdig sein soll, erscheint von einem unbefangenen Standpunkt aus nicht ohne Weiteres schlüssig.

(1) Probleme im Begriff „Strafrechtspflege"

Die semantischen Probleme setzen bereits bei der Definition des Bezugsworts, der „Strafrechtspflege", an. In der Rechtsprechung ist der Topos überwiegend dergestalt verwendet worden, dass einzelne Teilaspekte aus den Belangen der Strafrechtspflege herausgegriffen und grundrechtlichen Positionen gegenübergestellt worden sind.[511] Diese Vorgehensweise des Selektierens einzelner Aspekte bringt nicht nur den Nachteil einer gewissen Beliebigkeit und Widersprüchlichkeit der Verwendung des Topos mit sich. Wie gezeigt, gleichen diese Teilaspekte im Wesentlichen Begriffen, die anerkannte Teilziele des Strafverfahrens verkörpern. Dies lässt erkennen, dass der Begriff Strafrechtspflege sich nicht denken lässt, ohne auf die letztendliche Zielformulierung des Strafverfahrens zu sprechen zu kommen. Ob die Strafrechtspflege funktionstüchtig, effektiv oder effizient ist, kann demnach nicht anders erfasst werden als durch die Beurteilung zu welchem Grad das Ziel des Strafverfahrens erreicht wird.[512] Dann ist der Begriff „Strafrechtspflege" aber stets ein ganzheitlicher, der auch den Grundrechtsschutz als integralen Bestandteil aufnehmen muss.[513] Vorzuwerfen ist der Begriffsverwendung in der Rechtsprechung im Kern somit nicht die Vornahme des Abwägungsvorgangs als solchem, sondern dass die Beschuldigtenrechte dem Topos gegenübergestellt, anstatt in ihn inkludiert werden. Diese Weichenstellung mag man zunächst für eine Trivialität halten, da auch bei einer Verortung des Grundrechts-

509 *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 8 ff.

510 *Landau*, NStZ 2007, 121; ähnlich auch Schmahl, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts 1, § 2 Rn. 20.

511 Vgl. dazu die Analyse unter D. V.

512 Zutreffend *Jahn*, in: GS Vogel, 63 (71), der meint, der Begriff der Effektivität könne nur auf den Zweck des Strafprozesses bezogen sein.

513 Ähnlich im Ergebnis *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 132.

schutzes im Topos eine Abwägung unerlässlich bleibt. Möglicherweise wird jedoch auf diesem Weg die Wurzel des Streits über den Topos offengelegt: Indem die Rechtsprechung mit dem Topos stets nur Strafverfolgungsinteressen im engeren Sinne aufgreift und diesen Grundrechte gegenüberstellt, beschreibt sie lediglich einen Teilaspekt staatlicher Strafverfolgungstätigkeit, während sich eine rechtsstaatliche Strafrechtspflegetätigkeit nicht in staatlichen Strafverfolgungsinteressen erschöpfen darf, sondern zwingend auch den Grundrechtsschutz zu ihrem Gegenstand erklären muss. Eine Verkürzung des Begriffs Strafrechtspflege auf Partikularziele ist deshalb abzulehnen.[514] Erst die Verortung der Beschuldigtenrechte im Topos betont die Gleichrangigkeit der konfligierenden Gesichtspunkte und nimmt ihm seine rhetorische Schärfe.

Da über das Ziel des Strafverfahrens keine Einigkeit herrscht, ergibt sich in Fortsetzung dieser Überlegung ein grundlegendes Problem bereits aus dem Umstand, dass über den Inhalt des Bezugsgegenstandes, den man funktionstüchtig, effektiv oder effizient ausgestalten will, keine letztgültige Klarheit besteht. Die Annahme einer gewissen Inkommensurabilität ist naheliegend, jedenfalls kann von einer konturenscharfen Bestimmung nicht ausgegangen werden, da das Ziel des Strafverfahrens noch stärker als die Ziele anderer Verfahrensarten von normativen Erwägungen abhängt.[515] Zugleich ist die Frage jedoch von so grundlegender Bedeutung, dass der Rückzug auf den Standpunkt einer vollständigen Inkommensurabilität keine Option darstellt.[516] Man darf daher weder die Diskussion über das Ziel des Strafverfahrens als solches noch über die Methoden zur Bestimmung des Grads seiner Erreichung aufgeben. Im Sinne eines Harmonisierungsversuchs wird im Rahmen dieser Untersuchung davon ausgegangen, dass mehrere Teilziele nebeneinander existieren[517] und diese in einem übergeordneten Ziel, der Schaffung normativen Rechtsfriedens, aufgehen.[518] Es ist damit zu akzeptieren und gerade kennzeichnend, dass Teilziele im Einzelfall miteinander unvereinbar sein können, sodass sie ihrerseits gegeneinander abgewogen werden müssen.[519] Je nach Gestaltung des Einzelfalls hat dann ein Teilziel zugunsten eines anderen zurückzutreten.[520]

Gemäß dieser Überlegungen erweist sich bereits das Bezugswort des Topos als ganzheitlicher und von Abwägungsnotwendigkeiten durchdrungener Begriff.

---

514 Das dürfte der Kritik von *Hassemer*, StV 1990, 328 (331) erheblich entgegenkommen, denn *Hassemer* kritisiert die Herleitung des Topos aus der Gerechtigkeitsidee. Inkludiert der Topos nur Strafverfolgungsinteressen, werden diese in der Tat überbetont, da gegen aus der Gerechtigkeitsidee folgende Interessen kaum gehaltvoll argumentiert werden kann.

515 Ausführlich zum Ziel des Strafverfahrens *Murmann*, GA 2004, 65 ff.

516 Zutreffend zur Frage nach der Bedeutung des Verfahrensziels *Salas*, Kritik des strafprozessualen Denkens, S. 278: „Wer sich darüber keine Gedanken macht, ist dem Willen Anderer (einer politischen *Grupp*e, der ‚herrschenden Meinung') oder dem Zufall und der Willkür unterworfen."

517 Zutreffend *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 9. Aufl., § 3 Rn. 1 ff., wo von einem labilen Gleichgewicht zwischen den Teilzielen ausgegangen wird.

518 So bereits *Schmidhäuser*, in: FS Eberhard Schmidt, 1961, 511 (521 f.); *Blau*, JURA 1993, 513 (514); *Murmann*, Jus-Beilage 2007, 1.

519 *Gollwitzer*, in: FS Kleinknecht, 147 (151 f.).

520 *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl., § 1 Rn. 7.

(2) Funktionstüchtigkeit, Wirksamkeit, Effektivität und Effizienz

Birgt schon die Bestimmung des Bezugswortes erhebliche Schwierigkeiten, muss dies erst recht für die Attribute gelten, die es umschreiben. Im Folgenden soll untersucht werden, ob die aus der Rechtsprechung bekannten Formulierungen im Allgemeinen zustimmungsfähig sind und ob sie sich zur Berücksichtigung von Kostenerwägungen eignen.

(a) Funktionstüchtigkeit

Außerhalb der Rechtssprache wird das Wort „Funktionstüchtigkeit" als Synonym für „Funktionsfähigkeit" verstanden.[521] Die Strafrechtspflege könnte demnach funktionsfähig oder funktionsunfähig sein, sodass zwei Extremzustände beschrieben werden.[522] Diese Vorgehensweise ist für die Erfassung der Zielerreichung des Strafverfahrens denkbar ungeeignet, da sich gerade bei diesem in höchstem Maße multikriteriell gefärbten Ziel keine Trennlinie festlegen lässt, ab der die Zielerreichung bejaht beziehungsweise verneint werden könnte.[523] Die Erreichung des Ziel des Strafverfahrens durch staatliche Strafrechtspflegetätigkeit ist vielmehr als ein Optimierungsgebot[524] zu begreifen, dem sich im Sinne einer Asymptote angenähert werden muss, ohne es jemals vollständig erreichen zu können. Der Begriff „Funktionsfähigkeit" hat demzufolge einen zur Erfassung der Problemstellung zu geringen Komplexitätsgrad.

(b) Effektivität/Wirksamkeit

Die Messung der Zielerreichung lässt sich möglicherweise eher mit den semantisch gleichbedeutenden Begriffen „Effektivität" beziehungsweise „Wirksamkeit" charakterisieren. Effektivität definiert sich als die Wirksamkeit einer durchgeführten Maßnahme oder erbrachten Leistung in Hinblick auf das angestrebte Ziel.[525] Eine Effektivitätsbetrachtung erscheint hinsichtlich des Ziels des Strafverfahrens plausibler, da in einer solchen Betrachtung ein „Steigen" und „Sinken" der Zielerreichung untergebracht werden kann. Allerdings weist die Effektivitätsbetrachtung den Malus auf, dass darin der zur Zielerreichung eingesetzte Aufwand nicht berücksichtigt werden kann.[526] Vielmehr kommt es für die Effektivitätsbetrachtung nur auf die Zielerreichung als Ergebnis an. Auf welchem Wege dies erfolgt, ist nicht Gegenstand der

---

[521] Eintrag bei Duden Online – Stichwort: funktionstüchtig, abrufbar unter https://www.duden.de/rechtschreibung/funktionstuechtig.

[522] Im Strafrecht ist dies nicht anders, wie sich an dem Begriff der „Fahruntüchtigkeit" zeigt. Auch wenn dort die absolute von der relativen Fahruntüchtigkeit unterschieden wird, geht es im Ergebnis um die Feststellung, ob eine „Fahruntüchtigkeit" vorliegt. Die Frage kann nur zu bejahen oder zu verneinen sein.

[523] Zutreffend *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 8.

[524] Grundlegend zu diesem Begriff *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., Rn. 72.

[525] *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 14.

[526] *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 14: „Effektivität ist effizienzblind."

Effektivitätsbetrachtung. Eben dies ist aber im hier zu erörternden Zusammenhang die entscheidende Frage, wenn es um die Lösung des durch die Mittelknappheit bedingten Verteilungsproblems geht. Auch abseits von Kostenüberlegungen weist *Patz* zutreffend darauf hin, dass das Gebot einer effektiven Strafrechtspflege nur schwer postuliert werden kann.[527] Wenn sich nämlich das übergeordnete Ziel des Strafverfahrens aus Teilzielen zusammensetzt und je nach Einzelfall das eine hinter dem anderen zurücktreten muss, dann müsste man formulieren, dass in diesem Fall die Verwirklichung des einen Teilziels zulasten (oder auch: auf Kosten) des anderen geht. Berücksichtigt man die entstehenden Nachteile, handelt es sich nicht länger um eine Effektivitätsprüfung.

Unter Einbeziehung des Bezugsworts „Strafrechtspflege" zeigt sich zugleich, dass die in der Literatur vorzufindende Annahme, eine effektivere Gestaltung des Strafverfahrens bringe zwingend die Beschränkung von Verteidigungsrechten mit sich,[528] mit Blick auf den Bedeutungsgehalt des Wortes „Effektivität" bedenklich ist. Solche Überlegungen müssten ein ausschließlich auf staatliche Strafverfolgungsinteressen im engeren Sinn konzentriertes und damit rechtsstaatlich undenkbares Strafprozessrechts zugrunde legen, woran den Autoren ersichtlich gerade nicht gelegen ist. Das Phänomen des kontinuierlichen Zurückschneidens von Verteidigungsrechten durch Gesetzesnovellen lässt sich eher – wenn man es denn so beurteilt – mit dem Wort „einseitig" beschreiben. Effektiver wird ein Strafverfahren durch solche Beschneidungen nicht.[529]

(c) Effizienz

Die Wendung der „Effizienz der Strafrechtspflege" erscheint zunächst vielversprechend, da diesbezüglich eine enge Verwandtschaft zu dem vielfach anzutreffenden[530] Argumentationstopos des Grundsatzes der Prozessökonomie[531] besteht. Insofern könnte man meinen, eine effiziente Strafrechtspflege müsse die zwingende Schlussfolgerung aus dem Grundsatz der Prozessökonomie sein, sodass eigentlich am letztgenannten Begriff anzusetzen wäre. Allerdings geraten solche Überlegungen im Strafprozessrecht zumindest in jenen Fällen, in denen grundrechtliche Positionen betroffen sind, schnell an ihre Grenzen.

527 *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 9.

528 So etwa *Kudlich/Nicolai*, JA 2020, 881.

529 Ähnlich *Jahn*, in: GS Vogel, 63 (71), der anmahnt, dass der Gesetzgeber bei der Verwendung des Begriffs „Effektivität" im Blick haben müsse, dass es sich ohne die Festlegung einer Zielbestimmung um einen inhaltsarmen Begriff handele.

530 Kritisch zur umfangreichen und zugleich beliebigen Bemühung des Grundsatzes der Prozessökonomie *Pflughaupt*, Prozessökonomie, S. 2.

531 Zum Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der Prozessökonomie und Art. 114 II 1 GG *Pflughaupt*, Prozessökonomie, S. 160 ff. Er kommt zu dem zutreffenden Ergebnis, dass der Grundsatz der Prozessökonomie im engeren Sinne nicht von Art. 114 II 1 GG erfasst wird.

Effizienz meint unter Zugrundelegung einer einfachen Definition[532] das Verhältnis des Ressourceneinsatzes zum Zielertrag.[533] Man könnte somit formulieren, dass die Strafrechtspflege effizient agiert, wenn sie das Ziel des Strafverfahrens möglichst gut mit einem Minimum an Ressourceneinsatz erreicht.[534] Hier stößt man auf das bereits erläuterte[535] Problem, dass die Kostenüberlegung zulasten eines Grundrechts des Betroffenen die Zielerreichung gleichermaßen fördert und erschwert. Sie fördert das Teilziel der Realisierung des staatlichen Strafanspruchs, erschwert aber zugleich jenes der Wahrung der Grundrechte des Betroffenen. Die Tätigkeit eines Strafrechtspflegeorgans wird also nicht effizienter, wenn aus Kostengründen grundrechtliche Gewährleistungen zurückgeschnitten werden. Die Möglichkeit auf den Topos einer effizienten Strafrechtspflege zu rekurrieren, scheitert folglich ebenso wie der Versuch, Kostenerwägungen per se aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot des Art. 114 II 1 GG legitimieren zu wollen: Eine Kosten-Nutzen-Betrachtung ist praktisch nicht durchführbar, wenn Teilziele wie der Grundrechtsschutz des Betroffenen und das öffentliche Interesse an der Realisierung des staatlichen Strafanspruchs, miteinander erst austariert werden müssen. Für Effizienzüberlegungen, wie sie die Rechtsprechung vorträgt, ist dies sogar noch leichter erkennbar. Hier wird der Topos häufig verwendet, um der Ermittlung der Wahrheit ein höheres Gewicht als der Wahrung der Grundrechte des Betroffenen beizumessen.[536] Zwar kann je nach gegebenem Einzelfall eine solche Wertung rechtsstaatlich legitim sein, die Rechtfertigung durch den Begriff der Effizienz überzeugt an dieser Stelle jedoch nicht vollends: Ein Ziel höher als ein anderes anzusiedeln, ist nicht Gegenstand einer Effizienzprüfung.

(d) Zwischenergebnis

Die Verwendung der Begriffe „Effektivität“ und „Effizienz“ durch die Gerichte entspricht bei genauerem Hinsehen nicht deren eigentlicher Bedeutung, wohingegen sich der Begriff „Funktionstüchtigkeit“ als zu grob erweist. Damit ist keiner der durch die Gerichte verwendeten Begriffe in letzter Konsequenz geeignet, die Legitimation von Grundrechtseingriffen aus dem Topos heraus plausibel zu begründen. Überzeugt der Topos schon in seiner grundsätzlichen Formulierung nicht vollends, kann auch die Notwendigkeit der Berücksichtigung entstehender Ressourcen nicht sinnvoll in ihm verortet werden. Als Handlungsalternativen verbleiben daher entweder die Aufgabe oder die Abwandlung des Topos. Die letztgenannte Option ist die vorzugswürdige, da für die Aufrechterhaltung des Topos im Allgemeinen spricht, dass bestimmte Bedürfnisse des Staates im Bereich der Strafverfolgung nicht von

[532] Der Begriff der Effizienz wird zuweilen in einem starken Sinne, das heißt als übergeordnetes Prinzip, definiert. Darauf wird im weiteren Verlauf eingegangen, siehe unten 3. Teil C. I. 2. b) bb) (3).

[533] *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 13: „optimierte Zweck-Mittel-Relation“.

[534] *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 10.

[535] Siehe oben B. II. 2. c) bb).

[536] BVerfGE 33, 367 (383).

der Hand zu weisen sind und zwangsläufig ein Spannungsverhältnis zu grundrechtlichen Positionen entsteht,[537] das der Auflösung bedarf. Ebenso hat sich im Speziellen eine rechtliche Fundierung der Berücksichtigung von Kostenerwägungen als notwendig erwiesen.[538]

(e) Konkordanz als Derivat der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege"

(aa) Die Verwendung des Topos in Abwägungsfragen

Den Weg zum zutreffenden Begriff weist die Erkenntnis, dass sowohl die in der Rechtsprechung entschiedenen Fallkonstellationen als auch das hier im Fokus stehende Problem der Mittelknappheit immer auf Abwägungskonstellationen hinauslaufen. So stellt sich in der Rechtsprechung häufig die Frage, ob man dem Gebot der materiellen Wahrheitsermittlung oder der grundrechtlichen Positionen des Betroffenen den Vorrang gewährt.[539] Sowohl die Ermittlung der materiellen Wahrheit im Strafverfahren als auch die Wahrung der Grundrechte des Betroffenen sind Gebote von Verfassungsrang.[540] Stoßen solche Gebote aufeinander, ist die Kollision auf dem Wege der Herstellung praktischer Konkordanz aufzulösen.[541] Hinsichtlich einer Implementierung von Kostenerwägungen kann in diesem Zusammenhang nichts anderes gelten, da eine Außerachtlassung entstehender Kosten im Rahmen der Strafverfolgung die Erfüllung anderer Staatsaufgaben gefährdet, wobei die möglichst optimale Erfüllung sämtlicher Staatsaufgaben ihrerseits ein verfassungsrechtliches Gebot ist. In dem hier besprochenen Problemfall, bei dem die kostengünstigere, aber grundrechtsbelastendere Maßnahme ergriffen werden soll, sind daher drei verfassungsrechtliche Gebote miteinander auszutarieren: die materielle Wahrheitsfindung im Strafverfahren, die Wahrung der Grundrechte des Betroffenen und die Notwendigkeit der Ressourcenschonung.

Das Austarieren dieser Belange kann weder durch eine Effektivitäts- oder eine Effizienzprüfung noch durch die Überlegung erfolgen, inwieweit ein bestimmtes Ergebnis zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege erforderlich wäre, weil diese Begriffe nur auf Bedürfnisse abzielen, die dem staatlichen

[537] Zutreffend bezüglich des Topos Möstl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 179 Rn. 6: „Nichts prägt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich des Strafprozeßrechts mehr, als die Abwägung zwischen den legitimen Strafverfolgungsinteressen des Staates einerseits und dem Interesse der Betroffenen an der Wahrung ihrer verfassungsmäßig verbürgten Rechte andererseits."

[538] S. oben D. III.

[539] S. die Fallgruppen unter D. V. 1.

[540] Zutreffend KK-StPO⁸/Diemer, § 152 Rn. 3 mit Verweis auf *Hassemer*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 529, wonach nach tradiertem Verständnis nur die konsequente Durchführung des aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitenden Legalitätsprinzips strafrechtliche Gerechtigkeit garantiere.

[541] *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., § 2 Rn. 72.

Interesse zuzuordnen sind.[542] Erst durch die Betonung der Konkordanznotwendigkeit werden die tangierten Interessen in das richtige Verhältnis gesetzt und einer unverzichtbaren Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteressen und grundrechtlichen Positionen zugeführt.[543] Die Ermittlung der Wahrheit und auch der Umstand, die Strafverfolgung aus einem vorgegebenen Etat bestreiten zu müssen, sind unbestreitbare Bedürfnisse der Strafrechtspflege, ohne deren Berücksichtigung kein Staat funktionieren kann. Entscheidend ist dann, dass solche Bedürfnisse konkordant gegen grundrechtliche Belange abgewogen werden. Als nicht gelungen erweist sich daher lediglich die semantische Aufstellung des Topos; seine Existenz ist unverzichtbar und die aus ihm judizierten Ergebnisse in der Rechtsprechung sind ausgewogen.

Sodann spricht im Sinne eines zweiten Argumentationsmusters für die Verwendung des Konkordanzbegriffs, dass die Entscheidungsfindung rechtlicher Natur ist und daher auch mit rechtlichen Instrumentarien geführt werden sollte. Dies kommt der Kritik entgegen, der Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" sei eine Kunstschöpfung und die für die Rechtsfindung maßgeblichen Weichenstellungen sollten vielmehr dem geschriebenen Recht entnommen werden.[544] Eine an Konkordanz orientierte Abwägung ist zwar kein dem geschriebenen Recht entstammendes, aber doch ein konsentiertes, flächendeckend anerkanntes Gebot, das keiner „Erfindung" bedarf, sondern lediglich für die strafprozessuale Entscheidungsfindung belebt werden muss. Dies drängt die dem Topos attestierte rhetorische Missbrauchsgefahr zurück, indem die Gleichrangigkeit der auszutarierenden Belange betont wird.

(bb) Mögliche Kritik gegen den Topos „konkordante Strafrechtspflege"

Wer die Abwandlung eines etablierten Topos anrät, handelt sich naturgemäß Kritik ein. Drei Kritikpunkte scheinen auf der Hand zu liegen, sodass zu diesen im Folgenden kurz Stellung genommen wird.

Erstens kann man dem hiesigen Vorschlag kritisch gegenüberstehen, da man das Instrument der Herstellung praktischer Konkordanz in erster Linie aus Sachverhalten kennt, in denen die Einschränkung eines vorbehaltlos gewährten Grundrechts (etwa die Kunstfreiheit gem. Art. 5 III GG) in Rede steht. In solchen Fällen ist die Einschränkung nur über verfassungsimmanente Schranken und damit durch kollidierendes Verfassungsrecht zu rechtfertigen, indem zwischen dem Letzteren und dem einschlägigen Grundrecht eine Abwägung auf dem Wege der Herstellung

---

[542] Wie hier eine Aufnahme der Beschuldigtenrechte in den Topos fordernd *Abdallah*, Die Problematik des Rechtsmissbrauch im Strafverfahren, S. 151; so auch schon *Riehle*, KJ 1980, 316 (319 f.).

[543] Dies löst den Vorwurf der Einseitigkeit des Topos auf. Ein Topos, der die Gleichrangigkeit der widerstreitenden Interessen betont und in sich vereint, stellt sicher keine „Pervertierung des Rechtsstaatsbegriffs" (*Grünwald*, JZ 1976, 767 (773)) dar und verfolgt auch keinen „Selbstzweck" (*Nestler-Tremel*, DRiZ 1988, 288 (290)).

[544] *Limbach*, in: Strafverteidigervereinigungen, Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung, S. 35 (42).

praktischer Konkordanz vorgenommen wird.[545] Im strafprozessualen Ermittlungsverfahren werden hingegen oft Grundrechte betroffen sein, für die ein einfacher Gesetzesvorbehalt gilt, insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG. Für solche Grundrechte bleibt aber die Einschränkung durch kollidierendes Verfassungsrecht im Sinne eins Erst-recht-Schlusses möglich,[546] infolgedessen sich auch die Konkordanzüberlegung nicht als deplatziert erweist. Insoweit ist daran zu erinnern, dass Hesse seinen Konkordanzbegriff offen gestaltet. Seiner Formulierung muss nicht entnommen werden, es sei ausschließlich die Einschränkung vorbehaltlos gewährter Grundrechte angesprochen.[547] In diesem Sinne hat auch das BVerfG den Begriff der Konkordanz schon in Konstellationen betont, in denen das betroffene Grundrecht einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt.[548]

Zweitens geht mit dem Postulat einer konkordanten Strafrechtspflege zwingend einher, dass jene Kritik, die am Konkordanzbegriff im Generellen besteht, auch an dieser Stelle erhoben werden kann. Hierzu gehört etwa der Vorwurf der erheblichen Unbestimmtheit.[549] Diesem Vorwurf kann jedoch begegnet werden, wenn man auf die Reichweite des Topos zu sprechen kommt.[550] Darüber hinaus bedeutet die semantische Abwandlung jedenfalls keine Verschlechterung zum ursprünglichen Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“, da letzterer inhaltliche Maßstäbe in Gänze vermissen lässt.

Schließlich mag man gegen den hiesigen Vorschlag ins Feld führen, eine entsprechende Abwägung auf dem Wege der Herstellung von Konkordanz mute umständlich an, da im speziellen Fall der Mitberücksichtigung entstehender Kosten drei Parameter das Endergebnis determinieren sollen.[551] „Vielfaktorenmodelle“ sind aber für Abwägungsprüfungen keineswegs ungewöhnlich.[552] Durch die Berücksichtigung der Kosten wird insbesondere ein sachgerechtes Kriterium hinzugewonnen. Auch der Gesetzgeber hält eine Berücksichtigung des staatlichen Aufwandes inner-

---

545 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., § 2 Rn. 72.

546 Zutreffend BVerfG, NJW 2004, 2814 (2816); a. A. *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, 27. Aufl., Rn. 342; Sachs-GG^{9}/*Bethge*, Art.5 Rn. 176.

547 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., § 2 Rn. 72: „Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt.“

548 So etwa bezüglich Art. 12 I GG BVerfG, NZA 1998, 470 (471).

549 Kritisch zur Unbestimmtheit in einem anderen Zusammenhang *Böckenförde*, DÖV 1980, 323 (325).

550 Siehe hierzu insbesondere E. II.

551 Für die aus der Rechtsprechung zitierten Fälle ergibt sich hingegen nur ein terminologischer Unterschied. Die Ergebnisse, die die Gerichte judizieren, entstammen einer Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteressen und Grundrechten. Daran ändert sich nichts, wenn man das Gebot einer konkordanten statt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege für richtig hält.

552 Die Abwägungslehre im Bereich der Beweisverwertungsverbote ist beispielsweise stets ein „Vielfaktorenmodell“, siehe dazu *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (485); ebenso im klassischen Bereich der Grundrechte, vgl. etwa die Falllösung bei *Schmidt am Busch/Gregor*, JuS 2015, 37 (40).

halb einer Abwägungsprüfung für möglich, wie sich etwa an der Regelung des § 101 IV 5 StPO zeigt. Kommt man im Rahmen der Abwägung zu einem annähernden Patt der widerstreitenden Interessen, kann das Kostenargument in geeigneten Fällen den Ausschlag in die eine oder andere Richtung geben.

VII. Ergebnis

Der Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" bedarf der Abwandlung hin zu einem Gebot einer konkordanten Strafrechtspflege.[553] Der Topos ist in seiner Funktion zur Legitimation grundrechtlicher Eingriffe nur als ganzheitlicher Begriff denkbar,[554] sodass seine bisherige Verwendung zur Umschreibung von staatlichen Partikularinteressen nicht als umfänglich gelungen gewertet werden kann. Erst der Rekurs auf den Konkordanzbegriff stellt den Topos auf dogmatisch sichere Beine, da nur auf diesem Wege die Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip vollständig plausibel wird. Die Gleichrangigkeit der widerstreitenden Interessen wird betont, sodass sich die in der Rechtsliteratur gegen den Topos erhobene Kritik entkräften lässt.

Unter Zugrundelegung eines solchen Verständnisses erweist sich der Topos auch zur Berücksichtigung von Kostenerwägungen geeignet. Die Berücksichtigung der Endlichkeit der zur Verfügung stehenden Ressourcen ist als unabweisbares Bedürfnis der Strafrechtspflege anzuerkennen und muss zu gegenläufigen Interessen in ein konkordantes Verhältnis gesetzt werden. Demzufolge entspricht jedenfalls die vollständige Ausblendung entstehender Kosten im Rahmen der strafprozessualen Rechtsfindung rechtsstaatlichen Grundsätzen gerade nicht.

E. Konsequenzen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei einer Ermittlungsmaßnahme

Nachdem der Bedingung der Ressourcenknappheit unter dem Topos der konkordanten Strafrechtspflege zu rechtlicher Relevanz verholfen wurde, kann der im vorherigen Abschnitt unter B. III. aufgeworfene Beispielsfall, dessen Lösung aufgeschoben werden musste, nunmehr einer solchen zugeführt werden:

---

553 Zur Klarstellung: Es wird hier von der Entwicklung eines „eigenen Begriffsverständnisses" gesprochen. Damit wird nicht beansprucht, den Topos „konkordante Strafrechtspflege" begrifflich geschaffen zu haben. Solche Andeutungen finden sich etwa bereits bei *Gollwitzer*, in: FS Kleinknecht, 147 (151 f.), der die Konkordanzidee für die Kollision verschiedener Teilziele des Strafverfahrens bemüht. Eine ausgleichende Wirkung des Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" fordernd *Hillenkamp*, NJW 1989, 2841 (2848). Das Anliegen der vorliegenden Arbeit besteht hingegen in der Darlegung der Notwendigkeit zur Abwandlung des Topos sowie in dem Versuch, die Bedeutung der Endlichkeit der zur Verfügung stehenden Ressourcen für den Topos herauszuarbeiten.

554 Dahin tendierend auch Möstl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 179 Rn. 6.

Jede Ermittlungsmaßnahme muss als seitens der Organe der Strafrechtspflege ausgeübte Tätigkeit dem Rechtsstaatsprinzip und damit auch dem Postulat der „Konkordanz der Strafrechtspflege" gerecht werden. Diese Weichenstellung ist in die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu integrieren.

I. Lösung des aufgeworfenen Beispielsfalls:

> Dem die Ermittlungen leitenden Staatsanwalt stehen zur Sachverhaltsaufklärung die Maßnahmen a und b zur Verfügung. Dabei handelt es sich jeweils um Maßnahmen, die keine Subsidiaritätsklausel enthalten. Beide Maßnahmen erscheinen zur Ermittlung des Sachverhalts gleich gut geeignet. Im konkret zu beurteilenden Fall erweist sich die Maßnahme a als grundrechtsbelastender für den Beschuldigten. Maßnahme a stellt aber die bei Weitem kostengünstigere Maßnahme dar und würde auch deutlich weniger Personal binden. Der Staatsanwalt ordnet aus diesem Grund die Maßnahme a an.

Ist die gegen den Beschuldigten angeordnete Maßnahme verhältnismäßig?

1. Legitimer Zweck

Der primäre Zweck der Maßnahme besteht in der Sachverhaltserforschung. Daneben besteht in Form der Erreichung eines möglichst geringen Kosteneinsatzes ein zweiter Zweck der Maßnahme. Diese Maßgabe ist in die Zweckbestimmung aufzunehmen, da sich der vorliegende Fall durch die Besonderheit kennzeichnet, dass die Wahl zwischen zwei in Betracht kommenden Maßnahmen besteht. Das Ergreifen der kostengünstigeren Maßnahme bedeutet in solchen Fällen stets das bewusste und gewollte Absehen von der kostenintensiveren Maßnahme. Nicht anders als im erörterten Fall einer Subsidiaritätsklausel, bei der eine Maßnahme aufgrund höherer Kosten einer anderen in Betracht kommenden Alternative gewählt wird, liegt ein Zweck des Ergreifens der Maßnahme gerade in der Vermeidung des anderenfalls entstehenden Mehraufwandes. Diese Zweckfestlegung ist zulässig, da die Strafverfolgung aus einem vorgegebenen Etat erfolgt und deshalb die Schonung der zur Verfügung stehenden Ressourcen ein de facto unabweisbares Bedürfnis der Strafrechtspflege darstellt. Für diese Erkenntnis bedarf es keines Rekurses auf abstrakter angelegte Effizienz- oder Effektivitätsüberlegungen. Die Formulierung „unabweisbares Bedürfnis der Strafrechtspflege"[555] erfasst den Umstand hinreichend.[556]

2. Geeignetheit des Mittels

Es ist zu unterstellen, dass die Maßnahme *a* zur Erreichung der ausgewiesenen Zwecke geeignet ist.

[555] So beispielsweise BVerfG, NJW 2007, 2464 (2469).

[556] Ähnlich auch BVerfG, NJW 2006, 976 (980), wo auf die Anwendung von Strafnormen in einem „rechtsstaatlichen Verfahren" abgestellt wird.

3. Erforderlichkeit des Mittels

Die Maßnahme *a* muss zur Erreichung der Zwecke auch erforderlich sein. Nun fällt entgegen dem obigen Ansatz zunächst die Maßnahme *b* durch, da diese erheblich teurer ist und daher der Zielverwirklichung weniger dient, wodurch sie kein gleich effektives Mittel darstellt.

4. Angemessenheit des Mittels

Für die Prüfung der Angemessenheit gelten im Rahmen der Güterabwägung im Ausgangspunkt die anerkannten Grundsätze. Allerdings erhält die Prüfung der Angemessenheit in theoretischer Hinsicht eine Modifikation. Anstatt des üblicherweise im Rahmen der Angemessenheit geltenden Maßstabs der Zumutbarkeit gilt es nun aufgrund des gebotenen Ausgleichs auf dem Wege praktischer Konkordanz Optimalitätsgebote[557] zu verwirklichen, wobei die entscheidungserheblichen Parameter die materielle Wahrheitsfindung, die Wahrung der Grundrechte des Betroffenen und die Notwendigkeit der Ressourcenschonung sind. Die „Konkordanz der Strafrechtspflege" fungiert hier also nicht als eigenständiges Widerlager, sondern als Methode, um die unabweisbaren Bedürfnisse der Strafrechtspflege mit den Grundrechten auszutarieren. Anders als bei der Formulierung „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" wird ein rhetorisches Übergewicht der Strafverfolgungsinteressen vermieden.

Für die Falllösung kann man als Einstiegsüberlegung festhalten: Je stärker sich die grundrechtliche Belastung darstellt, desto eher wird das Pendel im Rahmen der Abwägung zulasten des Strafverfolgungsinteresses und des Kostenarguments ausschlagen. Gelangt man im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu dem Ergebnis, dass sich die Einbußen im Bereich der Grundrechtsverwirklichung bei der Wahl der grundrechtsbelastenderen und kostengünstigeren Maßnahme *a* als nicht vertretbar erweisen, darf diese Maßnahme nicht ergehen. Dann wäre die teurere, aber grundrechtsschonendere Maßnahme *b* zu wählen, sofern diese nach ihren übrigen Voraussetzungen rechtmäßig angeordnet werden kann. Nach der Festlegung, dass die Maßnahme *a* nicht rechtmäßig ergriffen werden kann, spielt das Kostenargument für die Grundrechtsverwirklichung jedoch nicht länger eine Rolle, denn dann stellt sich die Auswahl zwischen verschiedenen Ermittlungsmaßnahmen nicht mehr. Die Maßnahme *b* ist dann die einzige verbleibende. Sobald entschieden ist, dass die kostenschonende Maßnahme *a* nicht ergriffen werden darf, bleibt hinsichtlich der Ressourcenschonung lediglich die Überlegung, ob im zu beurteilenden Fall auf die Vornahme der Ermittlungsmaßnahme in Gänze verzichtet werden kann. Wird dergestalt verfahren, geht die Kostenerwägung aber zulasten des Legalitätsprinzips,[558] nicht zulasten der grundrechtlichen Position.

---

[557] Dazu *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 (430).

[558] Siehe dazu 3. Teil.

Es zeigt sich somit, dass hinsichtlich der Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes die hier skizzierte Verhältnismäßigkeitsprüfung im Wesentlichen nicht anders verläuft als bei der bereits erörterten Konstellation der nicht-subsidiären Ermittlungsmaßnahmen[559]: Der Ressourcenaufwand ist bei beiden Maßnahmentypen im Rahmen des Verhältnismäßigen berücksichtigungsfähig.

II. Verbleibende Problemstellungen

Das bisher erarbeitete Modell dient in erster Linie der Beantwortung der Frage, ob staatlicherseits entstehende Kosten überhaupt ein berücksichtigungsfähiges Argument im Rahmen der Rechtsanwendung sein können. Dies ist zu bejahen. Im Rahmen der Frage nach dem „Wie?“ und nach den konkreten Maßstäben im Rahmen der Angemessenheit bleiben wesentliche Aspekte ungeklärt. So kann ein Staatsanwalt nach derzeitigem Stand nicht zu jeder Zeit das aktuelle Budget vor Augen haben.[560] Er muss zwingend auf vage Erfahrungssätze und Einschätzungen zurückgreifen. Es besteht insoweit ein strukturelles Problem, weil sich insbesondere der grundrechtlichen Belastung schwerlich ein monetärer Wert zumessen lässt, wohingegen die staatlicherseits eingesetzten Kosten grundsätzlich in Zahlen erfasst werden können.[561] Wenn man also die Ressourcenknappheit als einen die Rechtsfindung beeinflussenden Umstand anerkennen sollte, ist doch zu sehen, dass erhebliche Umsetzungsprobleme in puncto Rechtssicherheit bestehen. Dem muss Rechnung getragen werden. Auf Grundlage der Erkenntnis, dass es hier um die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen geht, sind über den Topos in erster Linie solche Maßnahmen abzulehnen, die die Ermittlungen ganz wesentlich verteuern würden und zur Bedeutung des Grundrechtseingriffs erkennbar außer Verhältnis stehen.[562] Man kann insoweit nicht ohne Weiteres den sinnvollen Vorschlag *Bloziks* übertragen, der im Rahmen der Subsidiaritätsklauseln ein Ausweichen auf die subsidiäre Maßnahme erlauben will, wenn der Kostenaufwand bei der Wahl der anderen Maßnahme ungefähr doppelt so hoch liegen würde.[563] Dies kann nach den hier vorgenommenen Überlegungen eine notwendige, aber keine hinreichende Überlegung sein, da die Wahl der Maßnahme nicht alleine davon abhängt, wie viel teurer die grundrechtsschonendere Maßnahme wäre. Relevant ist vielmehr die finale Abwägung zur konkret eintretenden Eingriffsschwere. Die Festlegung einer starren Grenze wäre für die Praxis hilfreich, aber willkürlich,[564] sodass ein fester Maßstab

559 Siehe die Verhältnismäßigkeitsprüfung oben bei A. III.

560 *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 17.

561 Weiterführende Ansätze zum Problem bei *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 47 Fn. 172.

562 Die hier vertretene Auffassung ist also in ihrer Zielrichtung ähnlich zu der im Bereich der Subsidiaritätsklauseln vorzufindenden Meinung, der Arbeitsaufwand müsse dergestalt hoch ausfallen, dass er die grundrechtliche Position eindeutig überwiegt, LR-StPO[27]/Hauck, § 100a Rn. 45.

563 *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 151.

564 Aufgrund der Willkürlichkeit dürfte die Bildung fester Grenzen mit Blick auf den Gleichheitssatz gerade nicht zu begrüßen sein. Die Gefahr, ungleiche Sachverhalte gleich zu behandeln, würde auf diesem Wege potenziert.

abzulehnen ist und der Prüfung des Einzelfalls vorbehalten bleiben muss. Allerdings bietet sich an, die doppelten Kosten zunächst als Untergrenze zu verstehen. Führt die kostengünstigere Maßnahme im gegebenen Einzelfall zu einem massiven Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen, muss aufgrund der Gleichrangigkeit der widerstreitenden Positionen ein entsprechend höherer Kostenaufwand (dreifach, vierfach, usw.) gefordert werden. Jedenfalls nach oben ist die Festlegung einer Grenze nicht möglich. Die Untergrenze des doppelten Aufwandes erscheint jedoch gerechtfertigt, da der Topos nicht als Einführung einer strengen betriebswirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Analyse fehlinterpretiert werden darf. Er soll nicht den Rechtsanwender zwangsläufig zur Wahl der kostengünstigeren Maßnahme motivieren, sondern ihn im Rahmen des Verhältnismäßigen hindern, derart kostspielige Maßnahmen zu ergreifen, die bei identischer Verfahrensweise in gleichgelagerten Fällen die Einhaltung des Budgets und damit die Haushaltsautonomie des Gesetzgebers erkennbar infrage stellen müssten.

Im Sinne einer Grundtendenz ist daher festzuhalten: Einerseits ist das Argument der Ressourcenschonung in rechtlicher Hinsicht zwingend als zulässig anzuerkennen, andererseits kann es sich nur in Ausnahmefällen gegenüber einer grundrechtlichen Position durchsetzen.[565]

[565] Auf die grundrechtstheoretische Begründung dieser These wird noch näher eingegangen. Siehe dazu 5. Teil C. III.

3. Teil: Kostenerwägungen als Einschränkung des Legalitätsgrundsatzes

A. Einleitung

Wie bereits im vorherigen Teil angedeutet, ist eine den staatlicherseits entstehenden Kostenaufwand berücksichtigende Argumentation nicht ausschließlich zulasten der Rechte des Beschuldigten denkbar. Vielmehr eröffnet sich mit dem Legalitätsprinzip ein deutlich weiteres Anwendungsfeld. Dieses gestaltet sich gegenüber den zuvor erörterten Konstellationen insofern weiter, als dass der Bestand an Kostenerwägungen möglicherweise zulassende Normen größer ist, sodass auch das faktische Einsparpotenzial umfassender ausfällt. Ein Staatsanwalt wird praktisch häufiger mit der Frage konfrontiert, ob im Falle von Bagatellkriminalität sämtliche Ermittlungsmethoden nach dem Credo „Koste es, was es wolle“ ausgeschöpft werden müssen, als mit derjenigen, ob trotz eines nicht drohenden Beweismittelverlustes die grundrechtsbelastendere, aber kostengünstigere Ermittlungsmaßnahme ergriffen werden darf. Für Überlegungen der letzteren Art muss zunächst ein Fall mit besonderen Gegebenheiten konstruiert werden, wohingegen das Spannungsfeld zwischen Kostenerwägungen und Legalitätsprinzip erkennbar ein solches grundsätzlicher Natur ist.

Wird im Schrifttum ausgeführt, Kostenerwägungen seien in der Praxis Alltag, wohingegen von der Konzeption des Gesetzes davon ausgegangen werden müsse, es sei Kostenerwägungen gegenüber unverträglich,[566] wird diese These in erster Linie mit Blick auf die Geltung des Legalitätsprinzips aufgestellt. Insoweit scheint zu offensichtlich, dass eine gänzliche Unterlassung der Berücksichtigung des staatlicher-

566 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 280 f.; F.C. *Schroeder*, NJW 1983, 137 (137, 141); *Gollwitzer*, in: FS Kleinknecht, 147 (159).

seits entstehenden Aufwandes nicht eingehalten werden kann. So geht beispielsweise *Nestler* ohne Weiteres davon aus, dass der Aufklärungsaufwand in der Praxis im Rahmen von Bagatellkriminalität geringer ausfällt als bei schwerwiegender Kriminalität.[567] Auch sei es denkbar, dass bestimmte Sachverhalte in Gänze nicht aufgeklärt würden.[568] Ebenfalls in diesen Sachzusammenhang gehört der Hinweis auf die problematische Praxis der faktischen „Verfahrenseinstellung" durch die Polizei[569] und die großzügige Handhabung der Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen gem. §§ 153ff. StPO seitens der Staatsanwaltschaft.[570] Diese praktisch existenten Aufweichungen beziehungsweise Durchbrechungen des Legalitätsprinzips sind nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung dem Pragmatismus zuzuschreiben, wohingegen fiskalischen Aspekten keine rechtliche Bedeutung zuzuerkennen sei. Kostenerwägungen sollen demnach als im außerrechtlichen Bereich stattfindende Tatsachenphänomene zu begreifen sein.[571] Ein solcher Schluss auf das Faktische scheint im Rahmen des Legalitätsprinzips zunächst weniger problemträchtig als im Bereich der im zweiten Teil dieser Untersuchung besprochenen Konstellation, da nun die Unterlassung und nicht mehr die Vornahme von Grundrechtseingriffen der Legitimation bedarf.[572] Die erste erörterungsbedürftige Frage ist somit, ob man im Bereich des Legalitätsprinzips hinsichtlich der Beurteilung der Bedeutung des Kostenarguments mit einem Verweis auf die faktischen Gegebenheiten auskommt.

567 *Nestler*, JA 2012, 88 (89).

568 *Nestler*, JA 2012, 88 (91).

569 Gemeint ist damit, dass die Polizei eingegangene Anzeigen nicht bearbeitet und auf diesem Wege einen Verfahrensfortschritt verhindert, dazu *Lorenzen*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 541 (544). Eine rechtsförmige Einstellungsbefugnis der Polizei ist in der Vergangenheit diskutiert, aber mehrheitlich abgelehnt worden, dazu *Weßlau*, DRiZ 2000, 118 (119); Dies., DRiZ 1999, 225 ff.; *Heghmanns*, ZRP 2001, 554 (557); vor 40 Jahren hingegen hat man sich noch an dem Umstand gestört, dass mit § 153 I 2 StPO ein Instrument geschaffen wurde, kraft dessen die Staatsanwaltschaft die Verfahrenseinstellung auch ohne Zustimmung des Gerichts vornehmen kann, dazu *Hirsch*, ZStW 92 (1980), 218 (222).

570 Die Einstellung aus Opportunitätsgründen erfreut sich in der Praxis wachsender Beliebtheit. So wurden 2013 56 % aller anfallenden Ermittlungsverfahren ohne oder unter Auflagen eingestellt, wohingegen die diesbezügliche Quote 1993 noch bei 44% lag, vgl. dazu https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Strafrechtspflege_Deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

571 Zum Vorstehenden *Nestler*, JA 2012, 88 (91, 95).

572 Diesen Unterschied im Zusammenhang des Topos „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege" zutreffend betonend Möstl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 179 Rn. 7: „Nicht Abstriche von strafprozessualer Effizienz, sondern Abstriche von grundrechtlicher Freiheit bedürfen verfassungsrechtlicher Rechtfertigung."

B. Verhältnis von Kostenerwägungen zum Legalitätsprinzip

Um einen Sachzusammenhang zwischen der Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes und dem Legalitätsprinzip herzustellen, sind im Wesentlichen zwei Ansätze denkbar. Einerseits könnte im Sinne *Nestlers* die Verfügbarkeit finanzieller Mittel als Vorbedingung des Legalitätsprinzips zu verstehen sein, da sämtliche Aufgaben des Staates und folglich auch die Strafverfolgung nur im Rahmen des (finanziell) Möglichen erfüllt werden können. Dies entspricht einem tatsächlich orientierten Verständnis, das im Wesentlichen das Credo *impossibilium nulla obligatio* auf das Problem der Mittelknappheit anwendet. Nähert man sich dem Problem hingegen aus strafprozessualer und verfassungsrechtlicher Sicht,[573] kann die Einschränkung der Strafverfolgung als Eingriff in das Legalitätsprinzip oder zumindest als dessen rechtlich relevante Beschränkung verstanden werden. Ob man einen eher faktisch oder einen vorwiegend rechtlich orientierten Ansatz befürwortet, hängt primär vom inhaltlichen Verständnis des Legalitätsprinzips ab. Hierzu gehört insbesondere die Frage, wie sich dieses zum Opportunitätsprinzip verhält: Je eher man vom Legalitätsprinzip als vorrangigem Gebot ausgeht, desto nachdrücklicher wird man für das Absehen von Strafverfolgung aus Kostengründen nach einer rechtlichen Legitimation verlangen. Gewichtet man hingegen das Opportunitätsprinzip höher[574] oder wenigstens gleichrangig[575], bedarf es zur Rechtfertigung des Absehens von der Strafverfolgung aus Kostengründen weniger Begründungsaufwandes, weil Opportunität letztlich auf die Bemühung pragmatischer Zweckmäßigkeitsüberlegungen hinausläuft[576].

Will man das Verhältnis zwischen dem Legalitätsprinzip und Kostenerwägungen nachvollziehen, muss demzufolge das Verhältnis von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip jedenfalls hinsichtlich der Grundstrukturen beleuchtet werden. Als aufschlussreich erweist sich insoweit ein Blick auf die einfachgesetzliche und die verfassungsrechtliche Bedeutung des Legalitätsprinzips.

---

573 So auch das Vorgehen von *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 ff.

574 Dahin tendierend *Pott*, Außerkraftsetzung der Legalität, S. 122.

575 Für Gleichrangigkeit: *Eser*, ZStW 104 (1992), 361 (370).

576 Die Frage, was im Strafprozessrecht unter „Opportunitätsprinzip" zu verstehen ist, kann unterschiedlich beantwortet werden. In der Grundtendenz weicht der Opportunitätsgedanke das Legalitätsprinzip zwangsläufig auf. Zutreffend mit Statistiken aus der Praxis Große Strafrechtskommission des deutschen Richterbundes, Gutachten „Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?) Entwicklungen, S. 139 f.

I. Einfachgesetzliche Konzeption des Legalitätsprinzips in der Strafprozessordnung

Das Legalitätsprinzip ordnet einen grundsätzlichen Strafverfolgungszwang an.[577] Ausdrückliche Normierungen erhält das Prinzip in den §§ 152 II, 160 I und § 163 I StPO. Diesen Normierungen werden in Abhandlungen im Schrifttum klassischerweise jene Regelungen gegenübergestellt, die eine Einschränkung des Legalitätsgrundsatzes erlauben.[578] Dies sind insbesondere die das Opportunitätsprinzip verkörpernden Tatbestände der §§ 153 ff. StPO, § 45 JGG und §§ 31a, 37 BtMG. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 152 II StPO beansprucht der Verfolgungszwang Geltung, „soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist", sodass mit Blick auf die gesetzliche Konzeption eine gegenüberstellende Darstellung von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip plausibel ist. Da durch die Formulierung des § 152 II StPO das Absehen von Strafverfolgung vom Vorliegen gesetzlicher Umstände abhängig bleibt, ist schon der gegenläufige Begriff „Opportunitätsprinzip" nicht unbedenklich.[579] Jedenfalls nach der gesetzlichen Konzeption ist nicht von einem ungezügelten Opportunitätsprinzip auszugehen. Auch die Feststellung, die Strafprozessordnung enthalte keine ausdrückliche Norm, nach der die Strafverfolgungstätigkeit nach fiskalischen Interessen zu beeinflussen wäre,[580] erweist sich in diesem Zusammenhang als bedeutsam, da dies erkennen lässt, dass nach der gesetzlichen Konzeption das Legalitätsprinzip einen Möglichkeitsvorbehalt als Vorbedingung nicht kennt.[581] Die Überlegung, das Legalitätsprinzip könne keinen ausnahmslos und lückenlos geltenden Strafverfolgungszwang postulieren, da das Prinzip sonst faktischen Gegebenheiten nicht Rechnung trage,[582] ist – abgesehen von der Existenz bestimmter Opportunitätsvorschriften – mehr aus der praktischen Handhabung und weniger aus dem gesetzlichen Leitbild gewonnen.[583] Eine Norm wie § 10 S. 2 VwVfG, wonach das Verfahren einfach und zweckmäßig durchgeführt werden soll, ist der Strafprozessordnung und damit auch dem Legalitätsprinzip fremd. Der im Legalitätsprinzip verkörperte Strafverfolgungszwang ist insoweit ebenso schlicht wie absolut. Faktische Gegebenheiten wie die zur Strafverfolgung verfügbaren Ressourcen mögen in der Praxis eine überragende Rolle spielen, werden aber von der einfachgesetzlichen Konzeption des Legalitätsprinzips nicht erfasst.[584] Dieser

---

577 KK-StPO[8]/Fischer, Einleitung Rn. 8.

578 So beispielsweise bei *Schulenberg*, JuS 2004, 765 (766).

579 KK-StPO[8]/Diemer, § 153 Rn. 1.

580 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 279; *Nestler*, JA 2012, 88.

581 Zutreffend *Hassemer*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 529 (534), der bezüglich des Faktums begrenzter Ressourcen meint: „Das Legalitätsprinzip kann diesen Umstand, streng genommen, nicht verarbeiten."

582 *Schulenberg*, JuS 2004, 765.

583 Ähnlich wie hier *Neumann*, Über den Einbruch der Verfahrensökonomie in die Strafprozessordnung, S. 154; LR-StPO[26]/*Beulke*, § 152 Rn. 9; LR-StPO[27]/Mavany, § 152 Rn. 11.

584 *Maiazza*, Opportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren, S. 9 geht daher bezüglich des strafprozessualen Legalitätsprinzips zurecht von einer „unbedingten" Pflicht der Staatsanwaltschaft aus.

Befund wird, wie bereits in einem anderen Zusammenhang erörtert,[585] nicht zuletzt im Rahmen einer historischen Gesetzesauslegung verständlich: Bedingt durch die früher vorherrschenden absoluten Straftheorien musste jegliches Absehen von der Strafverfolgung als inkonsequent bewertet werden.[586] Sicher lässt sich daraus schlussfolgern, dass zu früheren Zeiten ein strikteres Verständnis des Legalitätsprinzips vertreten wurde, als dies heute der Fall ist.[587]

Wenn aus Gründen der Ressourcenschonung die Strafverfolgung unterbleibt, sollte dies folglich nicht als Ausgestaltung, sondern als Einschnitt in den Gewährleistungsbereich des Legalitätsprinzips begriffen werden. Da § 152 II StPO als Vorschrift des einfachen Rechts einen solchen Einschnitt aber nur in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen erlaubt,[588] kann ein Absehen von der Strafverfolgung aus Kostengründen nicht mittels eines Verweises auf den Pragmatismus oder auf einen faktischen „Vorbehalt des Möglichen“[589] gerechtfertigt werden. Die Strafprozessordnung erklärt die Frage nach einer Verfahrenseinstellung in § 152 II StPO zur Rechtsfrage. Wenn die Strafverfolgung aus Kostengründen einen Abbruch erfährt, muss die Einstellungsentscheidung also unter eine konkrete Vorschrift subsumierbar sein.[590] Eine andere Möglichkeit lässt das Gesetz nicht zu, sodass es auch nicht ratsam erscheint, die Notwendigkeit der Ressourcenschonung als reines Tatsachenphänomen zu begreifen.

Schon mit Blick auf das Strafprozessrecht als einschlägiges Fachrecht können Verfahrenseinstellungen aus Kostengründen „neben dem Gesetz“ daher nicht konsensfähig sein.[591] Der Verweis auf tatsächliche Gegebenheiten ohne den Versuch einer rechtlichen Legitimation fördert vielmehr die Anerkennung eines umfassenden, nicht an konkrete Tatbestandsvoraussetzungen gebundenen Opportunitätsprinzips, was man im Allgemeinen zu Recht zu vermeiden sucht[592].

---

[585] Siehe oben C. I.

[586] *Duckwitz*, Verwertbarkeit von nach §§ 154, 154a StPO ausgeschiedenem Prozessstoff, S.47 f. m. w. N. Ausnahmen vom Legalitätsprinzip waren daher nur in ganz engen Grenzen möglich, dazu *Kapahnke*, Opportunität und Legalität im Strafverfahren, S. 9. Für die erstmalige gesetzliche Verankerung in der Reichs-StPO vom 01.02.1877 spricht *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (130) von einer grundsätzlichen und unmissverständlichen Pflicht des Staates; ähnlich *Heyden*, Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip, S. 16: „Die absoluten Straftheorien verlangen das Legalitätsprinzip, die relativen Straftheorien sind mit beiden Verfolgungsprinzipien vereinbar.“

[587] *Schulenberg*, JuS 2004, 765 (767); *Pott*, Außerkraftsetzung der Legalität, S. 122.

[588] LR-StPO[27]/Mavany, § 152 Rn. 11 weist zutreffend darauf hin, für die Nichtverfolgung bedürfe es jeweils eine spezielle gesetzliche Ermächtigung.

[589] Begriff nach *Mehde*, Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen.

[590] BGH NJW 1960, 2346.

[591] Das BVerfG hat dies ähnlich, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, formuliert, vgl. BVerfG, NJW 1977, 2355 (2356). Daraus ist in der Literatur der Schluss gezogen worden, außerhalb gesetzlicher Regelungen seien Einschränkungen des Legalitätsprinzips als Verzicht auf Strafverfolgung von Verfassungs wegen untersagt, siehe dazu etwa *Landau*, NStZ 2007, 121 (123) mit Verweis auf *Niebier*, in: FS Kleinknecht, 299 (303).

[592] KK-StPO[8]/Diemer, § 153 Rn. 1.

Zugleich wird durch diese kurze Zusammenschau deutlich, dass man mit Blick auf die einfachgesetzliche Konzeption nicht von einer Gleichrangigkeit von Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip ausgehen kann. Vielmehr erfordert die Norm des § 152 II StPO das Gegenteil und auch aus Gesichtspunkten der Logik kann eine Verfahrensordnung nicht zugleich beide Prinzipien zugrunde legen;[593] letztlich muss ein Prinzip das beherrschende sein und bleiben. Die deutsche Strafprozessordnung weist diese Rolle dem Legalitätsprinzip zu.[594]

II. Verfassungsrechtliche Ausformung des Legalitätsprinzips

Nicht minder deutlich wird die Notwendigkeit der rechtlichen Legitimation einer Unterlassung von Strafverfolgung aus Kostengründen, wenn man Abstriche vom Legalitätsprinzip mit Blick auf die allgemeine Eingriffsdogmatik aus dem Verfassungsrecht beleuchtet. Insoweit ist zunächst die Grundannahme, der Legalitätsgrundsatz stelle eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips dar und verkörpere damit ein Verfassungsprinzip,[595] zutreffend und auch sachlich wichtig. Diese Einordnung bringt mit sich, dass in den Legalitätsgrundsatz analog der Dogmatik der Grundrechte nur mittels einer ausdrücklichen Regelung, das heißt durch formelles Gesetz, eingegriffen werden darf.[596] § 152 II StPO setzt diese Anforderung um, sodass einfachgesetzliches Fachrecht und Verfassungsrecht in der Frage der Durchbrechung des Legalitätsprinzips aus Opportunitätsgründen ineinandergreifen. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass auch in jenen Bereichen, in denen die Schwelle zum Eingriff nicht überschritten wird, das Erfordernis einer rechtlichen Legitimation nicht entfällt, da nicht nur Eingriffe, sondern auch sonstige Beschränkungen eines Verfassungsprinzips Begrenzungsregeln unterliegen.[597] Eine rein faktische Begrenzung des Legalitätsprinzips ohne eine rechtliche Legitimation kann daher aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht befürwortet werden. Zudem kommt dem Legalitätsprinzip mit der Gleichbehandlung der Betroffenen eine weitere verfassungsrechtlich geprägte Aufgabe zu,[598] unter deren Berücksichtigung es im streng formalisierten Verfahrensrecht mehr als überraschend anmaßen würde, wenn über zentrale Entscheidungen wie die Verfahrenseinstellung auf dem Wege reiner Zweck-

[593] LR-StPO[27]/Mavany, § 152 Rn. 51.

[594] So im Ergebnis auch *Döhring*, Ist das Strafverfahren vom Legalitätsprinzip beherrscht?, S. 249. Ihre Begründung erscheint jedoch zweifelhaft, da sie die Verfahrenseinstellung gem. § 153 StPO nicht als Ausnahme des Legalitätsprinzips anerkennt.

[595] KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 3; ähnlich BVerfG, NJW 1963, 1597 (1598).

[596] KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 3.

[597] *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (136 f.). Konkret bedeutet dies, dass eine Begrenzung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren muss, wobei zwei konkrete Güter miteinander auszutarieren sind. Den Personalaufwand hält *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (135) für kein Kollisionsgut, sondern eher für eine „Frage der richtigen Bemessung".

[598] *Hassemer*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 529 (530).

mäßigkeitserwägungen entschieden werden könnte.[599] Deshalb erscheint es bedenklich, wenn bezüglich der Knappheit finanzieller Mittel im Ergebnis eben doch reine Zweckmäßigkeitserwägungen vorgenommen werden.[600]

Der Weg, Abkürzungen des Legalitätsprinzips aus Kostengründen durch eine rein faktisch und pragmatisch orientierte Argumentation zu begründen, ist somit weder aus dem Blickwinkel des einfachen Fachrechts noch aus dem der Verfassung gangbar und wird der Bedeutung der Fragestellung nicht gerecht.

C. Auflösung des Spannungsfeldes zwischen Kostenerwägungen und Legalitätsprinzip

Unter Zugrundelegung der Erkenntnis, dass es mit Blick auf die beiden einschlägigen Normtexte Abstriche beim Legalitätsprinzip aus Kostengründen erst durch die Bezugnahme auf konkrete Rechtssätze geben kann, ist zu fragen, an welchen Stellen der Strafprozessordnung potenzielle Einfallstore für Kostenerwägungen bestehen können.[601] Sofern an einer entsprechenden Stelle eine den staatlichen Kostenaufwand berücksichtigende Auslegung anhand der gängigen Auslegungsmethoden möglich ist, muss aufgrund der verfassungsrechtlichen Fundierung des Legalitätsprinzips in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob und gegebenenfalls wie solche Beschränkungen eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung erlangen können.

I. Eingriffe in das Legalitätsprinzip im Strafprozessrecht durch Kostenerwägungen im Rahmen des Opportunitätsprinzips

Die strafprozessualen Normen zum Ermittlungsverfahren beinhalten mehrere Einfallstore, die zur Berücksichtigung von Kostenerwägungen geeignet sein könnten. Die gewichtigste Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang den Einstellungsmöglichkeiten aus Opportunitätsgründen gem. §§ 153 ff. StPO zu, sodass die folgenden Ausführungen das Hauptaugenmerk auf dieses Phänomen richten.

1. Potenzielle Einfallstore für Kostenerwägungen

a) § 153 I StPO: „öffentliches Interesse“

Eine denkbare Option, Kostenerwägungen als Einschränkung des Legalitätsprinzips im Rahmen einer Opportunitätsregelung zu begreifen, liegt zunächst in der Regelung des § 153 I StPO. In sachlicher Hinsicht folgt diese Annahme aus dem Entstehungsgrund der Vorschrift, den die herrschende Meinung neben der Entkrimi-

---

599 *Nestler*, JA 2012, 88 (91).

600 So aber *Nestler*, JA 2012, 88 (95): „fehlende rechtliche Bedeutung fiskalischer Aspekte in einem Strafverfahren“.

601 So auch die Vorgehensweise bei *Nestler*, JA 2012, 88 ff.

nalisierungsfunktion in der Erreichung einer geringeren Arbeitsbelastung der ermittelnden Beamten sieht.[602] Da bereits dargelegt wurde,[603] dass der Personalaufwand ebenso wie der Zeitaufwand im hier zu beurteilenden Kontext des staatlicherseits entstehenden Ressourceneinsatzes in einem untrennbaren Zusammenhang zum Begriff „Kostenaufwand“ steht, stellt sich die Frage, ob die genannten Aufwandsarten ein Argument für die Vornahme einer Opportunitätseinstellung sein können. Aus methodischem Blickwinkel liegt ein diesbezüglich aussichtsreicher Anknüpfungspunkt in dem Umstand, dass die Vorschrift mit dem „öffentlichen Interesse an der Verfolgung“ einen unbestimmten und damit auslegungsoffenen Rechtsbegriff bereithält, der eine Berücksichtigung fiskalischer Interessen als möglich erscheinen lässt.[604]

aa) Begriffsverständnis der herrschenden Meinung

Die herrschende Meinung macht die Kriterien für die Auslegung des „öffentlichen Interesses“ allerdings allein an den Strafzwecken der Spezial- und Generalprävention fest,[605] die keine Kostenerwägungen zuließen.[606] Kosteneinsparungen seien ein durchaus erwünschter Nebeneffekt der Vorschrift. Sie könnten aber nicht als zulässiges Kriterium im Rahmen der Subsumtion des „öffentlichen Interesses“ herangezogen werden, sodass ihnen in der Konsequenz keine rechtliche Bedeutung zuzumessen sei.[607]

(1) Zusammenhang von Kostenüberlegungen und Strafzwecken

Der Unterstellung, Kostenerwägungen spielten im Rahmen von Strafzwecküberlegungen keine Rolle, soll an dieser Stelle in gebotener Kürze nachgegangen werden.

Den Strafzweck des Schuldausgleichs im Sinne der absoluten Straftheorie und denjenigen der Spezialprävention betreffend ist die Richtigkeit der Behauptung der unmöglichen Herstellung eines Zusammenhangs zu Kostenerwägungen schnell erkannt. Einer absoluten und damit unbedingt verstandenen Strafzwecktheorie müssen „Nebenkriegsschauplätze“ von vornherein fremd sein;[608] Kostenerwägungen lassen sich in dieses eng auf die Tat bezogene Verständnis nicht einbeziehen. Ebenso lässt sich die Einwirkung auf den Täter im Sinne der Spezialprävention nicht sinnvoll mit Kostenüberlegungen in Einklang bringen. Zwar ist richtig, dass Strafe

---

602 *Schulenberg*, JuS 2004, 765 (767).

603 Siehe dazu 2. Teil A. II. 2. c) cc) (1).

604 Eingehend zu möglichen Auslegungsverständnissen des Begriffs *Magnus*, GA 2012, 621 ff.

605 LR-StPO[27]/Mavany, § 153 Rn. 28; *Nestler*, JA 2012, 88 (92); KK-StPO[8]/Diemer, § 153 Rn. 14 m. w. N.

606 *Hamm*, NJW 1996, 236 (237) geht diesbezüglich von einer „unzulässigen Verknüpfung der sachlichen Strafverfolgungsarbeit mit einem sachfremden Kriterium“ aus.

607 Zum Vorstehenden *Nestler*, JA 2012, 88 (92).

608 So aus älterer Zeit etwa von *Birkmeyer*, Strafprozeßrecht, S. 69: „Denn seine eigene Strafpflicht ist eine absolute, quia peccatum est, nicht eine nach irgend welchen anderen Staatszwecken, als dem der vergeltenden Gerechtigkeit, zu bemessende.“

auf den Täter besser wirken kann, wenn das Verfahren nicht unnötig in die Länge gezogen wird.[609] Diese Erkenntnis findet aber schon im Beschleunigungsgrundsatz ihre Entsprechung und betrifft fiskalische Interessen nicht im originären Sinn. Wie bereits gezeigt, ist das Interesse an der Kosteneinsparung ein solches der Rechtsgemeinschaft in ihrer Gesamtheit. Es bezieht sich nicht auf die Persönlichkeit des Täters und ist daher ein Parameter, der im Rahmen spezialpräventiver Erwägungen keinen plausiblen Anknüpfungspunkt findet.

Einen denkbaren Ansatzpunkt kann somit allenfalls der Strafzweck der Generalprävention bieten, da dieser auf Belange der Rechtsgemeinschaft abzielt. Insoweit erinnert *Wolfslast* an die Judikatur des BVerfG,[610] nach der es unter dem Aspekt der Generalprävention und des Rechtsfriedens richtiger sein könne, wenigstens für einen Teil eines komplexen Geschehens als möglicherweise gar nicht zu bestrafen.[611] Dies führt sie zu der Erkenntnis, prozessökonomische Erwägungen und die Realisierung der Strafzwecke schlössen einander nicht aus, sondern seien miteinander verzahnt.[612] Auch die hiesige Untersuchung hat gezeigt, dass ein überbordender Einsatz finanzieller Mittel unter bestimmten Umständen dem Eintritt normativen Rechtsfriedens durchaus entgegenstehen kann.[613] Diese Erkenntnisse sind aber nicht im Sinne einer das Grundverhältnis von Generalprävention und Kostenerwägungen betreffenden Aussage verallgemeinerungsfähig. Das BVerfG trifft seine Aussage unter der Bedingung, dass eine Bestrafung im konkreten Fall letztendlich stattfindet. Der Verzicht auf die Aufklärung des weiteren Sachverhalts findet dann zum Zweck der teilweisen Bestrafung statt. Insofern gilt das Credo „Jetzt in geringerem Maß zu bestrafen, ist besser als am Ende möglicherweise gar nicht zu bestrafen."[614] Aus diesem Grund mögen die genannten Erwägungen gegebenenfalls im Rahmen der Verständigung gem. § 257c I StPO oder in Fällen der §§ 154, 154a StPO zutreffend sein.[615] Bei einer Verfahrenseinstellung gem. § 153 I StPO wird hingegen von der Verfolgung der Straftat in Gänze abgesehen. Es fehlt also jeglicher Schuldspruch, der den Strafzweck der Generalprävention in irgendeiner Weise dokumentieren könnte. Die Verfahrenseinstellung gem. § 153 I StPO bedeutet vielmehr, dass von der Normbestätigung auf dem Wege der Strafverfolgung aus bestimmten Gründen abgesehen wird. Generalpräventive Strafzwecke sind in diesem Zusammenhang daher untauglich, eine Verfahrenseinstellung gem. § 153 I StPO zu begünstigen.

---

609 *Nestler*, JA 2012, 88 (93).

610 BVerfG, NStZ 1987, 419. Die Rechtsprechung des BVerfG stellt den Aspekt des zeitnahen Strafens unter den Stern des Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, so etwa BVerfGE 122, 248 (272 f.) sowie BVerfG, NStZ, 2006, 680 (681).

611 *Wolfslast*, NStZ 1990, 409 (413).

612 *Wolfslast*, NStZ 1990, 409 (413).

613 2. Teil D. I.

614 Ähnlich *Wolfslast*, NStZ 1990, 409 (413).

615 Wie die Verfahrensabsprache nach § 257c I StPO ist also die Teileinstellung gem. § 154 I StPO vor allem für Großverfahren ein geeignetes Instrument, dazu KMR-StPO[91]/Kulhanek, § 154 Rn. 1.

§ 153 I StPO erfasst lediglich Konstellationen, in denen generalpräventive Aspekte kein derartiges Gewicht haben, als dass sie eine Anklageerhebung erforderlich erscheinen lassen.

(2) Konsequenz des fehlenden inneren Zusammenhangs zwischen Strafzwecktheorien und Kostenerwägungen

Auch wenn sich Kostenerwägungen und Strafzwecktheorien nicht in allen denkbaren Fällen widersprechen müssen, kann dennoch ein innerer Zusammenhang zwischen diesen beiden Aspekten nicht festgestellt werden. Dies hat zur Folge, dass Kostenerwägungen im Rahmen der Prüfung des öffentlichen Interesses nur auf anderem Wege als über die Strafzwecktheorien verortet werden können. Wer also wie *Nestler* die Auslegung des „öffentlichen Interesses" alleine auf Strafzwecke beschränkt,[616] kann den zu erwartenden Ressourcenaufwand nicht ohne logischen Widerspruch berücksichtigen.

bb) Weites Begriffsverständnis

Die sich aus diesem Befund ergebende Kernfrage lautet, ob sich die Auslegung des „öffentlichen Interesses" tatsächlich in Belangen der Strafzweckrealisierung erschöpfen muss oder unter diesen unbestimmten Rechtsbegriff nicht auch weitere Aspekte subsumiert werden können.

So hält ein Teil der Rechtsliteratur eine allein auf Strafzwecke ausgerichtete Auslegung mit Blick auf die Verfahrenspraxis für nicht überzeugend, sodass auch Systematisierungen zu finden sind, in denen dem Begriff „öffentliches Interesse" etwa auch „Belange der Allgemeinheit" zugeordnet werden.[617] Zum Beispiel wird ein öffentliches Interesse angenommen, um zur Vermeidung weiterer Taten den kriminogenen Hintergrund der Straftat aufzudecken oder zu verhindern, dass sich „Ungesetzlichkeiten im Sozialleben einbürgern".[618] Solche Fälle lassen sich aber ebenso wie der Fall einer berühmten Person in der Rolle des Beschuldigten[619] noch einigermaßen plausibel mit generalpräventiven Erwägungen erklären.[620] Die Bevölkerung soll in den genannten Fällen erfahren, dass das Recht seine Durchsetzung beansprucht. Kaum oder nur noch mittelbar erklärbar ist hingegen, dass die Klärung von Rechtsfragen ein die Einstellung hinderndes öffentliches Interesse auslösen können soll.[621] Dies ist nur insoweit noch mit der Generalprävention in

[616] *Nestler*, JA 2012, 88 (92).

[617] KK-StPO[8]/Diemer, § 153 Rn. 13 ff.; ähnlich bereits F. C. *Schroeder*, in: FS Peters, 411 (417); kritisch bzgl. der Anerkennung von Fallgruppen außerhalb der Sanktionszwecke LR-StPO[27]/Mavany, § 153 Rn. 29.

[618] KK-StPO[8]/Diemer, § 153 Rn. 15.

[619] Verneint etwa von HK-StPO[6]/*Gercke*, § 153 Rn. 5; AK-StPO/Schöch, § 153 Rn. 23.

[620] Eine solche Rückführung auf generalpräventive Aspekte fordert etwa LR-StPO[26]/*Beulke*, § 153 Rn. 29.

[621] Dies bejahend KK-StPO[8]/Diemer, § 153 Rn. 16; ablehnend HK-StPO[6]/*Gercke*, § 153 Rn. 5.

Verbindung zu bringen, als durch die Strafverfolgung ein bestimmtes Verhalten als strafbar oder straflos zutage tritt, was ersichtlich werden lässt, an welcher Stelle die Rechtsordnung überhaupt Geltung beansprucht. Insoweit mag man von einem der Einübung von Rechtstreue dienenden Element sprechen. Erkennt man die Klärung von Rechtsfragen als eigenständige Fallgruppe an, bleibt gleichermaßen festzuhalten, dass die in der Kommentarliteratur erörterte Kasuistik nicht erahnen lässt, auch fiskalische Bedürfnisse des Staates könnten auf das Ergebnis der vorzunehmenden Abwägungsprüfung[622] Einfluss nehmen.[623]

cc) Analyse des Meinungsbildes

Wie bereits an anderen Stellen der Untersuchung lässt sich auch hier erkennen, dass Kostenüberlegungen im Strafprozessrecht tendenziell nicht für berücksichtigungsfähig gehalten, sondern aus der Rechtsfindung ausgeklammert werden. Erneut überrascht dies mit Blick auf die Praxis, in der solche Aspekte längst gegen die Bejahung des öffentlichen Interesses ins Feld geführt werden.[624] Für die Verfahrenseinstellung gem. § 153 I StPO stellt dies keine These, sondern ein Faktum dar. So fällt in Gerichtsbezirken mit einer hohen polizeilich registrierten Fallbelastung die auflagenfreie Einstellungsquote signifikant höher aus.[625] Augenscheinlich ist daher die Notwendigkeit der Realisierung materieller Strafzwecke nicht das einzige Kriterium, das die Verfahrenseinstellungsentscheidung bedingt. Der Ressourcenaufwand stellt in diesem Zusammenhang einen Umstand dar, der nicht nur in der internen Behördenorganisation eine Rolle spielt, sondern zugleich die Gesetzesanwendung gegenüber dem Beschuldigten beeinflusst. Fragwürdig erscheint die einhellige Kostenerwägungen nicht berücksichtigende Auslegung im Rahmen des § 153 I StPO zudem, weil es nicht nur als Konsequenz, sondern auch als originäre Funktion der Norm gilt, die Strafverfolgungsbehörden durch die Anwendung der Vorschrift zu entlasten.[626] So ist eine Norm nach den allgemeinen Grundsätzen der juristischen Methodenlehre doch gerade (auch) unter Berücksichtigung ihres Telos auszulegen.

622 LR-StPO[26]/*Beulke*, § 153 Rn. 29: „Gesamtbetrachtung"; *Untersteller*, Der Begriff „öffentliches Interesse", S. 181: „Gesamtabwägung aller relevanten Umstände".

623 LR-StPO[26]/Hilger, § 376 Rn. 1 Fn. 6 bezeichnet es sogar als allgemeine Meinung, dass verfahrensökonomische Erwägungen bei der Prüfung des öffentlichen Interesses keine wesentliche Rolle spielen dürfen.

624 *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Rn. III. 17; ähnlich *Hamm*, NJW 1996, 236 (237).

625 Dies ist nachgewiesen von *Dittmann*, Wie funktioniert die Erledigung von Strafverfahren, S. 279 mit Verweis auf die dortige Tabelle 41. *Dittmann* kommt an selbiger Stelle zu dem Schluss: „Offensichtlich nutzt die Staatsanwaltschaft das Opportunitätsprinzip zur eigenen Arbeitsentlastung und zur Entlastung der Gerichte."

626 AK-StPO/Schöch, § 153 Rn. 1; LR-StPO[27]/Mavany, § 153 Rn. 1; *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 205 f.

Aufgrund dieses Befundes soll im Folgenden eine möglichst unbefangene, das heißt die Kasuistik der Praxis außer Acht lassende, nur dem Normtext und den anerkannten Auslegungsmethoden verpflichtete, Auslegung vorgenommen werden, um zu überprüfen, ob das Ergebnis der herrschenden Meinung zur Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „öffentlichen Interesses" zu Recht derart eindeutig ausfällt.

(1) Grammatikalische Auslegung

Der Begriff des öffentlichen Interesses ist, wie zu Recht angemerkt wird, im Ausgangspunkt überaus dehnbar.[627] Die Verwendung des Begriffs des öffentlichen Interesses kennt man aus dem öffentlichen Recht, dem das Strafrecht trotz seiner Eigenheiten angehört, auch eher in dem Sinne, dass an die Stelle des Begriffs jedes verfassungslegitime öffentliche Interesse gesetzt werden darf.[628] Welches dies ist, variiert abhängig vom konkreten Einzelfall. Diese zunächst allgemein gehaltene Argumentation erhält im Rahmen des § 153 I StPO zusätzliches Gewicht, da der Gesetzgeber die für die Strafzweckrealisierung einschlägigen Begriffe nicht verwendet. So geht etwa anerkanntermaßen der Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung" Hand in Hand mit dem Strafzweck der Generalprävention.[629] Gleiches gilt hinsichtlich der „Einwirkung auf den Täter" für den Strafzweck der Spezialprävention.[630] Eine Bezugnahme auf diese Terminologie wird im Rahmen des § 153 I StPO nicht vorgenommen. Kosteneinsparungen liegen zudem für sich gesehen ohne Frage im Interesse des Steuerzahlers beziehungsweise der Allgemeinheit und damit im öffentlichen Interesse.[631] Eine Einstellung gem. § 153 I StPO schont finanzielle Mittel erheblich, weil insbesondere die Hauptverhandlung samt eventuell kostspieliger Beweisaufnahme vermieden wird. In der Gesamtbetrachtung bedeutet die Durchführung weniger umfangreicher Verfahren im nächsten Schritt auch, dass für Justizpersonal weniger finanzielle Mittel bereitgestellt werden müssen.[632]

Der Wortlaut der Vorschrift spricht deshalb nicht zwingend für die Annahme, die Auslegung müsse ausschließlich auf die Realisierung der Strafzwecke beschränkt werden.

(2) Systematische Auslegung

Gegen die zuletzt vorgetragene Annahme kann man jedoch die grundsätzliche systematische Stellung des § 153 I StPO als Vorschrift des Strafprozessrechts ins Feld führen und argumentieren, dass nur dem Strafprozessrecht entstammende öffent-

[627] *Rieß*, NStZ 1981, 2 (8); *Naucke*, in: FS Maurach, 197 (205). Das BVerfG hat einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot ausdrücklich verneint, BVerfGE 51, 176 (183).
[628] *Bloy*, GA 1980, 161 (174); *Homann*, Öffentliches Interesse, S. 18.
[629] Dazu Schönke/Schröder-StGB[30]/*Kinzig*, § 47 Rn. 14.
[630] *Eierle*, in: Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes"?, S. 163 (165).
[631] *Wolfslast*, NStZ 1990, 409 (413).
[632] *Nestler*, JA 2012, 88 (92).

liche Interessen berücksichtigt werden dürfen.[633] Insoweit erscheint es zweifelhaft, auch außerstrafrechtliche Aspekte für berücksichtigungsfähig zu halten. Diesen Zweifeln kann jedoch entgegnet werden, dass die Berücksichtigung entstehender Kosten im Rahmen des öffentlichen Interesses – wie gezeigt[634] – vor allem der Bewältigung aller anderen anfallenden Strafverfahren dient, weil die Endlichkeit der zur Strafverfolgung zur Verfügung stehenden Mittel ein Faktum ist, das im Rahmen der Rechtsanwendung berücksichtigt werden muss.[635] Mit anderen Worten: Die Berücksichtigung entstehender Kosten im Rahmen der Auslegung des öffentlichen Interesses stellt gerade sicher, dass die Strafzwecke dort, wo es wirklich notwendig ist, in hinreichendem Maße realisiert werden können.[636]

Darüber hinaus stellt § 153 I StPO einen Eingriff in das Legalitätsprinzip dar, wobei Letzteres als ein verfassungsrechtlich erforderliches und aus dem Rechtsstaatsgebot abgeleitetes Prinzip identifiziert wurde.[637] Begrenzungen erhalten solche Prinzipien häufig durch gegenläufige Verfassungspositionen. Eine solche ist auch die Haushaltsautonomie des Gesetzgebers, der zur Strafverfolgung nur Mittel in einer bestimmten Höhe zur Verfügung gestellt hat.

Schließlich lässt sich in systematischer Hinsicht an die Wortlautauslegung anknüpfen, denn im unmittelbaren Zusammenhang verwendet der Gesetzgeber in § 154 I Nr. 2 StPO die genannten Formulierungen „Verteidigung der Rechtsordnung" und „Einwirkung auf den Täter". So gesehen erscheint es fragwürdig, warum der Gesetzgeber bei § 153 I StPO einen anderen, noch dazu äußerst auslegungsoffenen Begriff verwendet, wenn es ihm jeweils um die Frage geht, ob eine Verfahrenseinstellung mit Blick auf die Strafzweckrealisierung vertretbar erscheint. Auch im Hinblick auf die systematische Stellung erscheint demnach eine allein auf die Realisierung der Strafzwecke beschränkte Auslegung nicht zwingend.

(3) Teleologische Auslegung

Eine wesentliche Funktion des § 153 I StPO wird neben der Entkriminalisierung in der Entlastung der Strafverfolgungsbehörden gesehen.[638] Anknüpfend an die Überlegung, dass es in der Rechtswissenschaft einem methodischen Grundsatz ent-

---

633 *Untersteller*, Der Begriff „öffentliches Interesse", S. 219.

634 Siehe insbesondere 2. Teil C. II. 2.

635 Sehr deutlich *Blozik*, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, S. 148 f., der meint, die Auffassung, entstehende Kosten dürften nicht berücksichtigt werden, entstamme einer „illusionären Wunschwelt".

636 Bezüglich des Zeitaufwandes wird ein solcher Gedanke ohne Weiteres anerkannt. So etwa LR-StPO[27]/Mavany, § 153 Rn. 1: „Vor allem angesichts der notorischen Überlastung der Staatsanwaltschaft erscheint ein Modell des eingeschränkten Verfolgungszwangs unverzichtbar, um sicherzustellen, dass die schnelle und effektive Verfolgung schwerer Straftaten nicht unter der Belastung der Strafjustiz mit geringfügigen Verfehlungen leidet."

637 Zutreffend KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 3.

638 *Untersteller*, Der Begriff „öffentliches Interesse", S. 68 f.; AK-StPO/Schöch, § 153 Rn. 1; LR-StPO[27]/Mavany, § 153 Rn. 1; *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 205 f.

spricht, eine Vorschrift mit Blick auf ihren Telos auszulegen,[639] ließe sich Folgendes formulieren: Je mehr Personal geschont und Zeitaufwand vermieden wird, desto eher tritt eine Entlastung von Strafverfolgungsbehörden ein. Dies wiederum bewirkt eine Reduktion finanzieller Aufwendungen des Staates und macht es eher möglich, alle anfallenden Verfahren aus dem bestehenden Etat zu bewältigen.[640] Sobald man die Einhaltung eines endlichen Etats als legitim anerkennt, ist es folglich auch naheliegend, das einfachgesetzliche Recht mit Blick auf diese Zielrichtung anzuwenden, wenn die einschlägige Norm auslegungsoffene Begriffe dafür bereithält.

(4) Historische Auslegung

Der Gesetzgeber[641] hat die Vorschrift des § 153 I StPO als Instrument der Verfahrensvereinfachung installiert.[642] Sie bringt das Bestreben nach einer pragmatischen Verfahrenserledigung in Fällen geringfügiger Kriminalität zum Ausdruck. Dies ist nur durch eine entsprechende Steuerung des Ressourcenaufwandes, also nicht zuletzt durch die Beachtung entstehender Kosten zu verwirklichen. Insoweit verwundert es, wenn der Wille des Gesetzgebers im Rahmen der Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Vorschrift keine Berücksichtigung finden soll. Darüber hinaus sind Ökonomisierungstendenzen im Strafprozessrecht mittlerweile zu einem Grad vorangeschritten, der es kaum noch als plausibel erscheinen lässt, Kostenerwägungen als gänzlich systemfremd aus der Rechtsanwendung zu verbannen, [643] was sich nicht zuletzt an den jüngeren Aktivitäten des Gesetzgebers[644] zeigt. Dass der Gesetzgeber auf eine Norm verzichtet, nach der Wirtschaftlichkeitserwägungen zu berücksichtigen sein sollen, widerspricht dieser Grundtendenz nicht zwingend, da insbesondere die strafprozessualen Verfahrensvereinfachungen[645] zumindest auch als eine Reaktion auf die anhaltende Knappheit öffentlicher Mittel zu begreifen sind.[646]

---

639 *Kudlich/Christensen*, JA 2004, 74 (79).

640 So stellt *Rzepka*, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, S. 290 zutreffend fest, § 153 I StPO erlaube in Zeiten hoher Arbeitsbelastung einen Strafverzicht, wohingegen bei sinkendem Arbeitsanfall eher mit einer Strafverfolgung zu rechnen sei. Diese als Kritik gemeinte Äußerung hat einen wahren Tatsachenkern: Ob der Beschuldigte in den Genuss der Verfahrenseinstellung kommt, hängt mitunter von der finanziellen und personellen Ausstattung der jeweiligen Strafverfolgungsbehörde ab.

641 Ausführlich zur Gesetzeshistorie *Neumann*, Über den Einbruch der Verfahrensökonomie in die Strafprozessordnung, S. 142 ff.

642 Dazu SK-StPO[5]/*Weßlau/Deiters*, § 153 Rn. 3.

643 Zu weitgehend jedoch *Pott*, Außerkraftsetzung der Legalität, S. 122, die bezüglich § 154 StPO meint, Opportunitätsbestrebungen seien an einigen Stellen des Gesetzes dem Legalitätsprinzip übergeordnet.

644 Zur letzten Reform *Claus*, NStZ 2020, 57 ff.

645 Darauf wird im 4. Teil F., G. näher eingegangen.

646 Ein Wirtschaftlichkeitsgebot in abgeschwächter Form lässt sich in anderen Verfahrensverordnungen hingegen durchaus finden. Dies zeigt sich etwa an § 10 S. 2 VwVfG, wonach das Verfahren einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen ist. Schoch/Schneider-VwVfG/Rixen,

(5) Ergebnis

Eine an den anerkannten Methoden orientierte Auslegung führt zu der Annahme, dass die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „öffentliches Interesse“ nicht zwingend auf strafzwecktheoretische Aspekte beschränkt werden muss. Für die Berücksichtigung des staatlichen Aufwandes lassen sich zahlreiche Argumente finden. Diese werden selten bemüht und münden kaum in einer lebendigen Diskussion, was vor allem daran liegen dürfte, dass sich die diesbezüglich in der Praxis bestehende Kasuistik mehr oder weniger im Verborgenen abspielt, da die Anwendung der § 153 ff. StPO keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt.[647] Nicht unterschätzt werden sollte daher, dass in einer Vielzahl von Fällen die wahren Gründe für die Einstellung des Verfahrens nicht zutage treten werden. Da die Mittelknappheit ein in der Rechtsanwendung zu bedenkendes Faktum ist und die Analyse gezeigt hat, dass eine solche Berücksichtigung im Rahmen des § 153 I StPO möglich erscheint, soll im Folgenden ein abweichendes Verständnis für die Auslegung des öffentlichen Interesses vorgeschlagen werden.

dd) Entwicklung eines eigenen Begriffsverständnisses

Als erste Weichenstellung für ein von der herrschenden Meinung abweichendes Auslegungsverständnis des Begriffs „öffentliches Interesse“ ist zu beachten, dass die Berücksichtigung der Endlichkeit finanzieller Mittel die Auslegung des Begriffs nur in ihren Randkonturen, nicht aber in ihrer Kernsubstanz verändern darf, weil auch die Mittelknappheit als übergeordnetes Problem nur den Rahmen staatlicher Strafverfolgungstätigkeit betrifft.

Ihrer Leitidee nach ist die herrschende Meinung mit Sicherheit zutreffend, indem sie sich auf die Realisierung der Strafzwecke konzentriert. Die Aufgabe des Strafverfahrensrechts liegt nicht zuletzt in der Durchsetzung des materiellen Strafrechts und damit in der Realisierung der Strafzwecke.[648] Eine verfahrenseinstellende Entscheidung unterbricht die Strafzweckrealisierung, weswegen es konsequent ist, wenn mit Blick auf die Strafzweckrealisierung gefragt wird, ob ein Unterbleiben von Strafverfolgung im konkreten Fall vertretbar ist. Unter diesem Blickwinkel erscheint es nur folgerichtig, dass weder ein Interesse der Behörde[649] noch des Verletzten[650] ein Argument für oder gegen die Bejahung des öffentlichen Interesses darstellen kann.[651]

§ 10 Rn. 28 versteht den Verwaltungsaufwand als Bestandteil der Zweckmäßigkeit, der sich auch im Außenverhältnis zum Bürger bemerkbar machen könne: „§ 10 S. 2 externalisiert so die eigentlich im Binnenbereich der Verwaltung situierte Frage der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und macht sie auch zu einem Problem der Bürger/innen.“

647 BGH, NJW 1993, 605 (606); dies kritisierend *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 97; ähnlich *Kumkar*, Rechtsschutz gegen die Staatsanwaltschaft, S. 16.

648 Heger, Strafprozessrecht, 2. Aufl., § 3 Rn. 14 mit Verweis auf *Rieß*, JR 2006, 269 ff.

649 Ablehnend *Untersteller*, Der Begriff „öffentliches Interesse“, S. 199.

650 KK-StPO[8]/Diemer, § 153 Rn. 15 hält dies ausnahmsweise im Fall einer starken Beeinträchtigung des Verletzten für möglich.

651 LR-StPO[27]/Mavany, § 153 Rn. 30.

Ein derart gelagertes Interesse stellt aber das fiskalische Interesse des Staates in Form der Notwendigkeit der Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel gerade nicht dar.[652] Es gestaltet sich weder als ein spezifisches Interesse einer bestimmten Behörde noch wird eine im engeren Sinne sachfremde Materie in die Abwägungsprüfung einbezogen. Vielmehr wird nur das Gewicht der Realisierung der Strafzwecke relativiert, indem berücksichtigt wird, dass es sich hierbei entgegen einer ausschließlich auf den zu beurteilenden Einzelfall konzentrierten Denkweise um keine unbedingte Größe handeln kann.[653] Die Realisierung der Strafzwecke auf dem Wege des Strafverfahrens kann nur im Bereich des finanziell Möglichen realisiert werden, sodass auch die Rechtsanwendungspraxis unter einem „Vorbehalt des Möglichen“[654] gedacht werden muss. Allein diese Erkenntnis verlangt es bereits, die Auslegung bestimmter Rechtsvorschriften des Strafprozessrechts für eine Berücksichtigung staatlicherseits entstehender Kosten zu öffnen, da ohne diese Anerkennung kein auch nur ansatzweiser Gleichlauf von Recht und Realität hergestellt werden kann.[655] Hinsichtlich der konkreten Umsetzung dieser Erkenntnis gilt auch hier als Ausgangspunkt, dass sich die Strafverfolgungstätigkeit im Rahmen des für sie zur Verfügung gestellten Budgets bewegen muss. Die Gewährleistung dieser Maßgabe wird mit Blick auf die Verfahrenspraxis erst realistisch, indem die Verwirklichung der Strafzwecke im jeweiligen Verfahren unter die Bedingung gestellt wird, dass die Bewältigung bedeutender Strafverfahren oder sogar anderer Staatsaufgaben nicht gefährdet werden darf.

In § 153 I StPO lässt sich diese notwendige Erkenntnis plausibel, aber auch nicht anders verorten als im Rahmen der Auslegung des „öffentlichen Interesses“. Eine andere Option bestünde nur, wenn man § 153 I StPO als Ermessensvorschrift verstünde, was bekanntlich trotz des Wortlauts („kann“) zu Recht mehrheitlich abgelehnt wird.[656] Möglich bleibt daher nur die Berücksichtigung des Kostenaufwandes innerhalb des öffentlichen Interesses: Erweist sich das Interesse an der Kostenvermeidung als derart gewichtig, dass es als Bestandteil der Abwägungsprüfung

---

[652] Es geht auch hier nicht um ein fiskalisches Interesse des Staats in dem Sinne, dass durch eine bestimmte Verfahrensweise finanzielle Mittel generiert werden sollen. Zutreffend zu diesem Problem *Frick*, Die Fiskalisierung des Strafverfahrens, S. 21, der betont, strafprozessuale Sanktionen dürften nicht auf die Einnahmenerzielung gerichtet sein, sondern hätten der Verfolgung strafrechtsimmanenter Zwecke zu dienen.

[653] Ähnlich SK-StPO[5]/*Weßlau/Deiters*, § 153 Rn. 20, die das öffentliche Interesse an einem sparsamen Umgang mit Justizressourcen in die Abwägungsprüfung einstellen wollen.

[654] Begriff nach *Mehde*, Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen.

[655] Damit soll nicht infrage gestellt werden, dass sich die Praxis an der Gesetzeslage auszurichten hat und nicht umgekehrt. Diese Maßgabe erfährt aber ihre Grenzen, wenn es um tatsächliche Notwendigkeiten geht, die in der Praxis nicht ignoriert werden können.

[656] LR-StPO[27]/Mavany, § 153 Rn. 41 m. w. N. Da auf Tatbestandsseite mit der geringen Schuld und dem öffentlichen Interesse äußerst auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe existieren, ist die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung gering. Nelles/Velten, NStZ 1994, 366 (368) halten die Unterscheidung aufgrund des fehlenden Rechtsweges gegen Entscheidungen gem. §§ 153 ff. StPO für gänzlich überflüssig.

gegenüber der Realisierung der Strafzwecke überwiegt, muss als Ergebnis der Abwägungsprüfung die Verneinung eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung stehen. Sofern sodann die Schuld des Täters als gering einzuschätzen wäre, ist richtigerweise eine Einstellung gem. § 153 I StPO „aus Kostengründen“ zulässig.[657] Das hier vorgeschlagene Auslegungsverständnis dürfte daher im Ergebnis der von *Dittmann* geschilderten Praxis sehr nahekommen: Steigt die polizeilich registrierte Fallbelastung, werden zum Zwecke der Kapazitätenschonung mehr Fälle über die auflagenfreie Verfahrenseinstellung ausgeschieden.[658]

b) § 153a I StPO: „öffentliches Interesse“

Im Rahmen des § 153a I StPO ist ebenfalls der Begriff des öffentlichen Interesses anzutreffen. Die Grundkonstellation dieser Vorschrift besteht entgegen derjenigen des § 153 I StPO darin, dass hier zunächst ein öffentliches Interesse vorliegen muss,[659] wobei sich dieses durch die Erfüllung bestimmter Auflagen und Weisungen beseitigen lässt. Folglich ist zu überlegen, ob auch in diesem Rahmen Kostenerwägungen bei der Bestimmung des öffentlichen Interesses berücksichtigt werden können.

Das ist im Ergebnis zu bejahen, weil es sich in inhaltlicher Hinsicht um das identische „öffentliche Interesse“ wie bei § 153 I StPO handelt, wodurch die oben aus der Auslegung des § 153 I StPO gesammelten Argumente auch im Rahmen des § 153a I StPO Geltung beanspruchen.[660] Die Auslegung des Begriffs „öffentliches Interesse“ muss somit bei den genannten Vorschriften einheitlich ausfallen.[661, 662] Diese These entspricht der vorherrschenden Literaturauffassung, da auch diese auf die Auslegung im Rahmen des § 153 I StPO verweist,[663] allerdings mit dem gegenteiligen Sachergebnis als hier vertreten. Die herrschende Meinung nimmt folglich

---

[657] Das Vorliegen der geringen Schuld und des öffentlichen Interesses betreffen verschiedene Sachfragen und sind daher getrennt voneinander zu prüfen, zutreffend mit umfangreicher Begründung *Untersteller*, Der Begriff „öffentliches Interesse“, S. 108, 177; a. A. Meyer, GA 1997, 404 (417).

[658] Dazu *Dittmann*, Wie funktioniert die Erledigung von Strafverfahren?, S. 279.

[659] Die Anwendung des § 153 I StPO hat daher Vorrang, LR-StPO[27]/Mavany, § 153a Rn. 40.

[660] Der Gesetzgeber verfolgt mit § 153a I StPO den identischen Normzweck wie bei § 153 I StPO, siehe dazu BT-Drs. 12/1217, S. 34: „Die Einstellung des Verfahrens nach Erfüllung von Auflagen und Weisungen gemäß § 153 a StPO hat sich in der Praxis als unentbehrliches und wirksames Mittel zur Entlastung der Strafrechtspflege bei gleichzeitiger Wahrung der kriminalpolitischen Notwendigkeiten erwiesen.“

[661] Die Legitimität der Vorschrift wird zuweilen angezweifelt, insbesondere mit Hinblick auf ihre Konformität zur Unschuldsvermutung. Die diesbezügliche Diskussion betrifft aber nicht in einem engeren Sinn die Frage, ob entstehende Kosten ein zulässiger Abwägungsfaktor sein dürfen. Eingehend zum Problem der Legitimität etwa *Neumann*, Über den Einbruch der Verfahrensökonomie in die Strafprozessordnung, S. 158 ff.

[662] Der Begriff des öffentlichen Interesses gem. § 376 StPO entspricht dem der §§ 153 I, 153a I StPO, zutreffend dazu BeckOK-StPO[40]/Valerius, § 376 Rn. 2. Die hier angestellten Überlegungen sind dementsprechend auch auf § 376 StPO übertragbar.

[663] SK-StPO[5]/*Weßlau/Deiters*, § 153a Rn. 26.

auch im Rahmen des § 153a I StPO an, Kostenerwägungen seien nicht berücksichtigungsfähig.[664] Selbst in Abhandlungen, die sich ausführlicher mit dem Begriff des öffentlichen Interesses auseinandersetzen, wird die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit des staatlicherseits entstehenden Aufwandes nur kurz angerissen, obwohl auch dort gesehen wird, dass die Praxis offensichtlich anders verfährt.[665] Auf Grundlage des hier vertretenen Standpunkts, wonach die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes zulässig ist, bleibt lediglich zu beleuchten, ob diese Maßgabe in der Praxis auf zutreffende Art und Weise umgesetzt wird.

aa) § 153a I StPO und die Spendenaffäre um Dr. Helmut Kohl

Wie mit dem staatlicherseits entstehenden Ressourcenaufwand im Rahmen des § 153a I StPO in der Praxis umgegangen wird, lässt sich anhand eines prominenten Beispiels – der Entscheidung LG Bonn, Beschluss vom 28. 2. 2001 - 27 AR 2/01, das die Anschuldigungen gegen den ehemaligen Bundeskanzler Dr. Helmut Kohl im Rahmen der CDU-Spendenaffäre zum Gegenstand hatte – nachvollziehen.[666] Der Kontext dieser Entscheidung kann zur politischen Zeitgeschichte gezählt werden und soll daher an dieser Stelle nicht im Detail rekapituliert werden. Das Erkenntnisinteresse an der Entscheidung ergibt sich auch nicht aus der Berühmtheit des Beschuldigten oder der fragwürdigen Richtigkeit[667] des Endergebnisses, sondern aus den Argumenten, mithilfe derer das LG Bonn seine Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens gem. § 153a I 1 StPO erteilte.

(1) Darstellung der Erwägungen des Gerichts

Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, ging das Gericht folgendermaßen vor: Es stellte im Sinne einer Vorbemerkung klar, dass alleine das immense Medieninteresse nicht zwingend zum Schluss führen müsse, das öffentliche Interesse könne nicht entfallen.[668] Maßgeblich sei hingegen eine Abwägung durch die Staatsanwaltschaft und das Gericht. Als Kriterien nannte das Gericht „die Ausräumung der Wiederholungsgefahr vom Zeitpunkt der Einstellung an, keine außergewöhnlichen Tatfolgen für den Tatgeschädigten oder die Allgemeinheit und schließlich die Person des Täters, das heißt sein (straffreies) Vorleben, sein möglicher Schuldgehalt an der Tat und seine Wiedergutmachungsbemühungen“[669]. Sodann betonte das Gericht, es entspreche der täglichen Rechtspraxis in tausenden Fällen, dass Verfahren in Bezug auf die Begehung von Vermögensdelikten gegen entsprechende Zahlungen einge-

[664] Dies lässt sich am ehesten mit dem soeben genannten Umstand begründen, dass bei der Erörterung des öffentlichen Interesses gem. § 153a I StPO auf die Ausführungen zu § 153 I StPO verwiesen wird.

[665] So etwa *Untersteller*, Der Begriff „öffentliches Interesse“, S. 203 f.

[666] LG Bonn, NJW 2001, 1736 ff.

[667] Siehe dazu die Entscheidungsbesprechungen von *Hamm*, NJW 2001, 1694 ff; Beulke/Fahl, NStZ 2001, 426 ff.; *Saliger*, GA 2005, 155 ff.

[668] LG Bonn, NJW 2001, 1736 (1737).

[669] LG Bonn, NJW 2001, 1736 (1737).

stellt würden. Die Rechtspraxis gehe aber noch einen Schritt weiter: Oftmals komme es auch zu einer Einstellung, wenn „die für eine Verurteilung notwendige Tatsachenaufklärung einen Umfang an Personal, Zeit und Kosten erfordern würde, der gemessen an der zu erwartenden Strafe im Ergebnis unverhältnismäßig wäre“ oder aufgrund gewisser Ungewissheiten „eine langwierige Durchführung des Verfahrens durch mehrere Instanzen nicht mehr im Verhältnis zur Tat oder zum Schutzgehalt und damit auch zur eventuellen Höhe der Strafe stünde“.[670] Das Gericht setzte sich dann im Rahmen der Subsumtion insbesondere mit der Frage auseinander, ob der objektive Tatbestand einer Untreue vorlag. Dabei kam es zu dem Ergebnis, dass sich dies nicht zweifelsfrei klären lasse und erteilte unter Verweis auf die Lebensleistungen des Beschuldigten seine Zustimmung zur Einstellung.[671]

(2) Analyse der Argumentationstechnik

Ob die Entscheidung im Ergebnis zutrifft, ist für den hiesigen Untersuchungsgegenstand ohne Belang. Aufschlussreiche Aspekte enthält hingegen die Argumentationstechnik des Gerichts, auf die es das Augenmerk zu richten gilt.

(a) Kostenerwägungen als zulässiges Argument

Erstens ist damit die generelle Aussage angesprochen, in der Rechtspraxis habe sich eine Vorgehensweise entwickelt, wonach eine Verfahrenseinstellung erfolge, wenn die für die Tatsachenaufklärung benötigten personellen, zeitlichen und finanziellen Ressourcen unverhältnismäßig erschienen.[672] Anders als im Schrifttum gefordert, wird die Verfahrensdauer also jedenfalls in der Praxis nicht nur als ein Argument mit Blick auf die Realisierung der Strafzwecke verwendet. Auch geht es hier nicht um den Beschleunigungsgrundsatz in seiner für den Beschuldigten streitenden Komponente. Vielmehr wird in der Entscheidung unverhohlen darauf hingewiesen, dass auch eine Berücksichtigung des staatlicherseits entstehenden Ressourcenaufwandes das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung beeinflussen kann. Dass diese Aussage im Rahmen dieser medial brisanten und öffentlichkeitswirksamen Entscheidung getroffen wird, spricht für sich. Das Gericht hielt diesen Befund offenbar für so selbstverständlich und konsentiert, dass es keinen Grund sah, ihn zu verheimlichen.

(b) Kostenerwägungen als Argument neben dem Gesetz

Zweitens erscheint die Art und Weise, wie das Gericht zum Argument der Kostenerwägungen gelangt, interessant. So stellt das Gericht der Erörterung des öffentlichen Interesses schulmäßig eine Definition voran, in der es Kriterien für die Abwägungsprüfung bezüglich der Beseitigung des öffentlichen Interesses aufstellt (Wiederholungsgefahr, außergewöhnliche Tatfolgen, straffreies Vorleben, usw.). Dann spricht

[670] Zum Vorstehenden LG Bonn, NJW 2001, 1736 (1738).
[671] LG Bonn, NJW 2001, 1736 (1737).
[672] LG Bonn, NJW 2001, 1736 (1738).

es davon, die Praxis gehe allerdings „noch einen Schritt weiter“ und kommt auf die Einstellung unter Mitberücksichtigung entstehender Kosten zu sprechen.[673] Der Floskel „noch einen Schritt weiter“ kommt in methodischer Hinsicht eine bedeutende Funktion zu. Auf diesem Wege werden Belange für die spätere Subsumtion fruchtbar gemacht, die die zuvor genannte Definition selbst nicht vorsieht. Das geschilderte Vorgehen des Gerichts kann so gesehen als sinnbildlich für die gesamte Problematik der Berücksichtigungsfähigkeit von Kosten gedeutet werden: Kostenerwägungen sollen und müssen durchaus auf gewisse Weise Berücksichtigung finden. Die Notwendigkeit für ein solches Vorgehen wird gerade durch die Praxis nicht infrage gestellt. Man tut sich aber schwer, diese Notwendigkeit unter ein konkretes Tatbestandsmerkmal zu subsumieren.[674]

(3) Kritik und Vorschlag

Die Kritik an der Vorgehensweise ist ebenso offensichtlich wie der Lösungsvorschlag: Das Gericht darf seine Zustimmung zur Einstellung nicht aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen erteilen. Um rechtliche Legitimität erlangen zu können, muss sich eine die Verfahrenseinstellung verursachende Erwägung vielmehr stets auf ein konkretes Tatbestandsmerkmal zurückführen lassen. Deshalb ist zu beanstanden, dass das Gericht eine Rechtsfindung ermöglicht, die sich nicht im Rahmen der inhaltlichen Reichweite der vorangestellten Definition erschöpft. Die Auffassung des Gerichts zur Berücksichtigungsfähigkeit von Kostenerwägungen ist hingegen im Ergebnis in sachlicher Hinsicht vertretbar. Methodisch fehlerfrei und sachlich richtig hätte das Gericht somit formulieren dürfen, dass jedenfalls ein außergewöhnlich hoher zu erwartender Ressourcenaufwand das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung senken kann, sodass dieses bereits durch die Erteilung von Auflagen und Weisungen beseitigt werden kann.

bb) Ergebnis zu § 153a I StPO

Die eingangs genannte These, nach der Kostenerwägungen im Rahmen der Auslegung des § 153a I StPO ebenso eine Rolle spielen wie bei § 153 I StPO, erweist sich daher auch mit Blick auf die Praxis als richtig. Zudem gilt auch hier, dass die Berücksichtigung des entstehenden Ressourcenaufwandes plausibel auf den Gesetzeswortlaut zurückgeführt werden kann. Bis zu welchem Grad eine den entstehenden Ressourcenaufwand berücksichtigende Argumentation zulässig ist, stellt dann eine Frage der richtigen Bemessung dar.[675]

---

[673] LG Bonn, NJW 2001, 1736 (1738).

[674] Insoweit passend die Kommentarliteratur, die – soweit ersichtlich – bis auf SK-StPO[5]/*Weßlau/Deiters*, § 153 Rn. 20 nicht erörtert, ob staatlicherseits entstehende Kosten im Rahmen des öffentlichen Interesses subsumtionsfähig sind.

[675] Siehe dazu auch die Ausführungen unter C. I. 2. cc) (4).

c) § 154 I Nr. 2 StPO: „Urteil in angemessener Frist nicht zu erwarten“

Als letzte Opportunitätsregelung,[676] die zur Berücksichtigung von Kostenerwägungen geeignet sein könnte, kommt § 154 I StPO in Betracht. Bei dieser Vorschrift ist die Ausgangslage entgegen der §§ 153, 153a StPO jedoch eine grundsätzlich andere, da der Gesetzgeber die Teileinstellung bei mehreren Taten nach dem Wortlaut nicht vom Kriterium des öffentlichen Interesses abhängig macht. § 154 I StPO beinhaltet vielmehr zwei besondere Situationen, die die Einstellung ermöglichen.

Allerdings erweist sich § 154 I Nr. 1 StPO zur Berücksichtigung einer Kostenerwägung leicht erkennbar als untauglich. So verlangt § 154 I Nr. 1 StPO einen Rechtsfolgenvergleich,[677] der zu fiskalischen Erwägungen keinen Überschneidungspunkt aufweist. Die Vorschrift enthält auch keinen unbestimmten Rechtsbegriff, der in puncto Kostenerwägungen auslegungsfähig sein könnte. Fiskalische Interessen spielen lediglich mittelbar insofern eine Rolle, als es sich um eine Vorschrift zur Verfahrensvereinfachung handelt, die zumindest faktisch zur Entlastung der Strafverfolgungsbehörden beiträgt. Insoweit ist *Nestlers* Überlegung, es handele sich bei der Kosteneinsparung lediglich um einen erwünschten Nebeneffekt,[678] zutreffend.

aa) Vermeidung eines unverhältnismäßigen Justizaufwandes als nachrangige Bedingung

Einen denkbaren Anknüpfungspunkt enthält hingegen § 154 I Nr. 2 StPO durch die Formulierung „wenn ein Urteil wegen dieser Tat in angemessener Frist nicht zu erwarten ist“. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass wegen des Wortlauts „darüber hinaus“ auf den nach § 154 I Nr. 1 StPO erforderlichen Rechtsfolgenvergleich zugunsten einer spezial- und generalpräventiven Einschätzung verzichtet wird.[679] Dass spezial- und generalpräventive Aspekte eine Bestrafung nicht erforderlich erscheinen lassen, ist somit Grundbedingung der Vorschrift.[680] Für eine Verfahrenseinstellung nach § 154 I Nr. 2 StPO ist in kumulativer Hinsicht erforderlich, dass diese mit Blick auf die Realisierung der Strafzwecke vertretbar und ein Urteil in angemessener Frist nicht zu erwarten ist. Die Vermeidung eines unverhältnismäßigen Justizaufwandes wird hier also erst in einem zweiten Schritt bedeutsam. Anders als bei den §§ 153, 153a StPO verlangt § 154 I Nr. 2 StPO mit der Formulierung „zur Einwirkung auf den Täter und zur Verteidigung der Rechtsordnung“ ausdrücklich, dass

---

676 *Neumann*, Über den Einbruch der Verfahrensökonomie in die Strafprozessordnung, S. 162 ff. geht auf weitere Opportunitätsregelungen der §§ 153 ff. StPO ein. Diese Regelungen dienen selbstverständlich ebenfalls der Entlastung der Strafverfolgungsbehörden. Sie enthalten aber kein Tatbestandsmerkmal, anhand dessen entstehende Kosten im Rahmen der Subsumtion berücksichtigt werden können.

677 SK-StPO[5]/*Weßlau/Deiters*, § 154 Rn. 13 ff.

678 *Nestler*, JA 2012, 88 (93).

679 KK-StPO[8]/Diemer, § 154 Rn. 12.

680 LR-StPO[27]/Mavany, § 154 Rn. 31.

die Realisierung der Strafzwecke der Spezial- und Generalprävention keinen wesentlichen Schaden leiden darf. Dies dezimiert den Wirkungsgrad möglicher Kostenerwägungen gegenüber der weiten Formulierung „öffentliches Interesse“ erheblich.

bb) Auslegung der Formulierung „wenn ein Urteil in angemessener Frist nicht zu erwarten ist“

Ist der zu beurteilende Fall so gestaltet, dass durch die Teileinstellung weder spezial- noch generalpräventive Strafzwecke wesentlichen Schaden nehmen würden, kann in die Prüfung des zweiten[681] Tatbestandsmerkmals eingetreten werden. Man gelangt dann zu der Frage, wie die Formulierung „wenn ein Urteil in angemessener Frist nicht zu erwarten ist“ auszulegen ist. Die herrschende Meinung sieht die Funktion dieser Formulierung in der Vermeidung eines unverhältnismäßigen Justizaufwandes.[682] Aufgrund seiner Unbestimmtheit bereitet an dieser Stelle naturgemäß der Begriff der Angemessenheit Probleme,[683] wobei man sich zumindest darüber einig ist, dass die Unverhältnismäßigkeit bei leichten Delikten schneller als bei schwerwiegenden Delikten angenommen werden soll.[684] Für die hiesige Untersuchung ist von Belang, mit welchen Kriterien die Angemessenheit in inhaltlicher Hinsicht bestimmt werden kann. Dabei darf der durch die herrschende Meinung proklamierte Telos nicht überstrapaziert werden. Nach dem eindeutigen Wortlaut ist nur die Berücksichtigung des zu erwartenden Zeitaufwandes zulässig. Dagegen ermöglicht die Formulierung nicht, die Teileinstellung vorzunehmen, weil die weitere Sachverhaltsermittlung exorbitante Kosten befürchten lässt. Entstehenden Kosten kommt folglich auch hier nur eine mittelbare, das heißt für die konkrete Rechtsfindung unerhebliche Bedeutung zu, da mit einem erheblichen Zeitaufwand regelmäßig höhere Kosten verbunden sind. De lege lata ist daher der allein in Form entstehender Kosten bestehende Justizaufwand, mag er auch noch so unangemessen erscheinen, kein zulässiges Argument zur Vornahme einer Teileinstellung gem. § 154 I Nr. 2 StPO.

cc) Widersprüchlichkeit von Tatbestand und Rechtsfolge des § 154 I Nr. 2 StPO

Abseits dieser Feststellung ist zu sehen, dass der Wortlaut der Norm wesentliche Fragen offen lässt, indem er fordert, dass die auszusprechende Sanktion „zur Einwirkung auf den Täter und die Verteidigung der Rechtsordnung ausreichend er-

---

[681] Nach der gesetzlichen Formulierung handelt es sich um das erstgenannte Tatbestandsmerkmal. Da die Tatbestandsmerkmale kumulativ vorliegen müssen und sachlich voneinander unabhängig sind, ist die Prüfungsreihenfolge irrelevant.

[682] Streit besteht insoweit über die Frage, aus welchen Kriterien sich der unverhältnismäßige Justizaufwand ergeben darf. LR-StPO[27]/Mavany, § 154 Rn. 27 meint, die Gründe müssten einen Bezug zum jeweiligen Verfahren haben. Auch die Überlastung des jeweiligen Spruchkörpers erkennt er an. Die Vorschrift habe aber nicht die Funktion, die Gesamtbelastung der Strafverfolgungsbehörden zu reduzieren; a. A. *Kapahnke*, Opportunität und Legalität, S. 123 f.

[683] LR-StPO[26]/*Beulke*, § 154 Rn. 30.

[684] LR-StPO[26]/*Beulke*, § 154 Rn. 30. Konkrete Richtwerte befürwortend *Kurth*, NJW 1978, 2481 (2482).

scheint". Das verlangt vom Rechtsanwender strenggenommen die Quadratur des Kreises. Zwar ist richtig, dass die Vorschrift dem Gedanken Rechnung trägt, dass mit zunehmender Dauer die Einwirkung auf den Täter an Effektivität verliert.[685] Bedenklich erscheint allerdings die Behauptung, dieser Umstand belege, dass § 154 I Nr. 2 StPO keinen Eingriff in das materielle Strafrecht erlaube und nicht von der genügenden Realisierung der Strafzwecke befreie.[686] Eine Teileinstellung gem. § 154 I Nr. 2 StPO ist mit einem erheblichen Verzicht auf den Sanktionsanspruch verbunden, sodass ihr nicht zu Unrecht ein Ultima-Ratio-Charakter zugeschrieben wird.[687] Die Auffassung, § 154 I Nr. 2 StPO befreie in keiner Weise von der genügenden Realisierung der Strafzwecke, ist schwer verträglich mit den absoluten Strafzwecktheorien. Bei der Teileinstellung wird in Kauf genommen, dass die Schuldfeststellung bezüglich eines strafrechtlich relevanten Sachverhalts unterbleibt. Das Vergeltungselement wird insoweit zwangsläufig konterkariert.[688]

Ebenso ist zu hinterfragen, wie eine Teileinstellung ohne Einschnitte beim Strafzweck der Generalprävention möglich sein soll.[689] Die mit der Generalprävention verknüpften Stichworte[690] „Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsordnung", „Normanerkennung", „Einübung von Rechtstreue" und „Normbestätigung" erfahren bezüglich der einzustellenden Tat keine Verwirklichung. Bezüglich des nicht aufgeklärten Sachverhalts werden diese Aspekte durch die Teileinstellung vielmehr in ihr Gegenteil verkehrt: Die Bevölkerung wird damit konfrontiert, dass es in einem Rechtsstaat Gründe geben kann, die ein Absehen von der Normbestätigung erfordern. „Zur Verteidigung der Rechtsordnung ausreichend" wäre unter Zugrundelegung eines wörtlichen Verständnisses konsequenterweise nur die vollständige Aufklärung und Aburteilung der Tat, da die Rechtsordnung verteidigt werden muss, wo ein Normbruch geschehen ist.

Die Strafzwecke der Vergeltung und Generalprävention betreffend müssen demnach bei der Vornahme einer Teileinstellung immer Abstriche in Kauf genommen werden.

Etwas anderes kann je nach Lage des Einzelfalls für den Strafzweck der Spezialprävention gelten. Insoweit ist in der Tat denkbar, dass eine teilweise Bestrafung „zur Einwirkung auf den Täter" ausreicht.

---

685 Meyer-Goßner-StPO[63]/*Schmitt*, § 154 Rn. 9.

686 So aber *Nestler*, JA 2012, 88 (92 f.); ähnlich Meyer-Goßner-StPO[63]/*Schmitt*, § 154 Rn. 9, 13.

687 LR-StPO[27]/Mavany, § 154 Rn. 26, 27 m. w. N.

688 Zutreffend *Wolfslast*, NStZ 1990, 409 (414). Es ist umstritten, ob die Schwere der Schuld bei der Prüfung der Einstellung des Verfahrens berücksichtigt werden darf. Ablehnend: SK-StPO[5]/*Weßlau/Deiters*, § 154 Rn. 22; *Rudolphi*, JuS 1978, 864 (865). Befürwortend: HK-StPO[6]/*Gercke*, § 154 Rn. 7; LR-StPO[27]/Mavany, § 154 Rn. 31.

689 Die von Meyer-Goßner-StPO[63]/*Schmitt*, § 154 Rn. 14 erhobene Forderung, die Verteidigung der Rechtsordnung dürfe nicht leiden, lässt sich also in der Praxis niemals erfüllen; AK-StPO/Schöch, § 154 Rn. 22 betont insoweit zutreffend, dass hinsichtlich der Strafzweckrealisierung jedenfalls eine geringfügige Effektivitätsminderung hingenommen werden muss, da anderenfalls der Anwendungsbereich der Norm zu stark eingeschränkt wird.

690 Siehe dazu etwa *Meier*, JuS 2005, 769 (772).

Da also die Teileinstellung in der Praxis zumindest einen Verzicht auf die Realisierung der Strafzwecke der Vergeltung und der Generalprävention bedeutet, fallen Wortlaut und Praxisanwendung zwangsläufig auseinander.

dd) Exkurs: Regelungsvorschlag zur Berücksichtigung des öffentlichen Interesses

Kann die praktische Anwendung der Norm nicht ohne Eingriffe in materielle Strafzwecke erfolgen, bietet sich die Überlegung an, wie eine überzeugende Alternativfassung zu lauten hätte.

Eine Alternativfassung müsste dem soeben als problematisch identifizierten Umstand, dass jede Teileinstellung einen Aufklärungsverzicht bedeutet und deshalb zwangsläufig Einschnitte in die Realisierung der Strafzwecke mit sich bringt, Rechnung tragen. Die maßgebliche Frage kann folglich nur sein, ob die drohenden Einschnitte im Rahmen der Strafzweckrealisierung hinnehmbar sind. Das hängt davon ab, ob ein öffentliches Interesse an der Ausermittlung des bisher ungeklärten Sachverhalts besteht, womit die Situation im Wesentlichen nicht anders als bei § 153 I StPO liegt. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Ausgangslage – im Fall des § 153 I StPO der gänzliche und im Fall des § 154 I Nr. 2 StPO der partielle Aufklärungsverzicht – ist es dementsprechend plausibel, anstatt der Formulierung des § 154 I Nr. 2 StPO „zur Einwirkung auf den Täter und zur Verteidigung der Rechtsordnung ausreichend erscheint" auf den aus § 153 I StPO bekannten Begriff des öffentlichen Interesses abzustellen. Da eine Teileinstellung denklogisch nicht ohne Einschränkungen bei der Strafzweckrealisierung vonstattengehen kann, sollte konsequenterweise auch bei § 154 I Nr. 2 StPO auf das Vorliegen eines „öffentlichen Interesses" abgestellt werden. Die Prüfung des öffentlichen Interesses ist am ehesten in der Lage, dem generellen Normzweck folgend[691] die Realisierung der Strafzwecke und verfahrensökonomische Aspekte miteinander auszutarieren. Erscheinen die durch die Teileinstellung entstehenden Einschnitte bei der Realisierung der Strafzwecke verkraftbar, kann das öffentliche Interesse die Teileinstellung gebieten. Verfahrensökonomische Aspekte, beispielsweise durch teure Sachverständigengutachten entstehende Kosten, können das öffentliche Interesse senken. Vor dem Hintergrund der Endlichkeit der zur Verfügung stehenden Ressourcen ist die Berücksichtigung aller Aufwandsarten angezeigt, da es diesbezüglich unerheblich ist, ob die Belastung des Etats auf dem Wege des Zeit-, Personal- oder Kostenaufwands geschieht. Besteht hingegen ein ausgeprägtes Interesse an der Strafverfolgung, weil im konkreten Fall auf die Realisierung der Strafzwecke nicht verzichtet werden soll, können mit der weiteren Strafverfolgung einhergehende finanzielle Aufwendungen des Staates kein Gewicht haben, da der Staat im Grundsatz nicht von seiner Pflicht entbunden werden darf, auch schwierige, langwierige und teure Verfahren durchzuführen.[692]

[691] Dieser besteht wie bei §§ 153 I, 153a I StPO in verfahrensökonomischen Überlegungen, *Baumann*, in: FS Klug, 459 (465); LR-StPO[27]/Mavany, § 154 Rn. 1; KK-StPO[8]/Diemer, § 154 Rn. 1.

[692] KK-StPO[8]/Diemer, § 154 Rn. 14.

Darüber hinaus stellt sich die Prüfung eines öffentlichen Interesses im Rahmen des § 154 I Nr. 2 StPO auch als systematisch stimmig dar, da sich die Vorschrift an die §§ 153, 153a StPO anschließt und es sich bei den genannten Normen insgesamt um Einstellungsmöglichkeiten handelt. Die Formulierung „zur Verteidigung der Rechtsordnung" findet sich hingegen überraschenderweise in der gesamten Strafprozessordnung ausschließlich in § 154 I Nr. 2 StPO.

Neben der strukturellen Verwandtschaft zu § 153 I StPO ist eine solche auch zu § 153a I StPO zu erkennen. Dort lässt sich das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch Auflagen und Weisungen beseitigen. Bei § 154 I Nr. 2 StPO gibt es eine andere abzuurteilende Tat, die das Absehen weitergehender Strafverfolgung legitimieren kann. Jeweils liegen dann Umstände vor, die das öffentliche Interesse beseitigen können. Darüber hinaus wäre es auch vor dem Hintergrund einer einheitlichen Dogmatik begrüßenswert, wenn Eingriffe in das Legalitätsprinzip (§§ 153 ff. StPO) derselben Technik folgen würden. Schließlich entspricht die Prüfung eines öffentlichen Interesses am ehesten der Anwendung der Vorschrift in der Praxis, da auch die geltende Fassung der Vorschrift kaum anders als durch eine Abwägung der widerstreitenden Belange angewendet werden kann.[693]

Auf Grundlage der vorherigen Überlegungen könnte § 154 I Nr. 2 StPO wie folgt lauten:

> Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung einer Tat absehen,
> (…)
> 2.
> darüber hinaus, wenn ein Urteil wegen dieser Tat in angemessener Frist nicht zu erwarten ist und wenn eine Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung, die gegen den Beschuldigten rechtskräftig verhängt worden ist oder die er wegen einer anderen Tat zu erwarten hat, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung entfallen lässt.

2. Rechtfertigung der durch Opportunitätsvorschriften resultierenden Eingriffe in das Legalitätsprinzip

Nach dem bisherigen Gang der Untersuchung bleibt festzuhalten, dass nach hier vertretener Auffassung die Strafprozessordnung im Rahmen der Opportunitätsregeln bei den §§ 153 I, 153a I StPO die Berücksichtigung fiskalischer Erwägungen zulässt, wohingegen diese im Rahmen des § 154 I Nr. 2 StPO nur eine Bedeutung über die Berücksichtigung des Zeitaufwandes erlangen. Diese Feststellungen betreffen nur den ersten Schritt, der in der einfachen Gesetzesauslegung besteht. Kostenerwägungen können im Fall der genannten Rechtsnormen Einfluss auf die ohnehin

---

693 Kritisch zur Bestimmtheit aufgrund zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe LR-StPO[27]/Mavany, § 154 Rn. 5; *Pott*, Außerkraftsetzung der Legalität, S. 151 hält die Vorschrift gar für verfassungswidrig. Das Abstellen auf das „öffentliche Interesse" würde insoweit keine Verschlechterung bedeuten.

durch diese Vorschriften erfolgenden Eingriffe in das Legalitätsprinzip nehmen. Da das Legalitätsprinzip als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzip identifiziert wurde, muss die vorgeschlagene Auslegung in einem zweiten Schritt noch auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden. Die hier vorgenommene Auslegung wird folglich erst dann vollständig methodisch gangbar, wenn sie auch verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen genügt.

a) Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Da es sich beim Legalitätsprinzip um ein verfassungsrechtliches Strukturprinzip handelt, das nicht nur durch Gesetz ausgeformt werden muss (sogenannter institutioneller Gesetzesvorbehalt),[694] sondern in das auch ausschließlich durch Gesetzesrecht eingegriffen werden darf, ist hinsichtlich der Festlegung der Rechtfertigungsanforderungen die Orientierung an einer Rechtfertigungsprüfung eines Eingriffs in Grundrechte sinnvoll.

Die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung hängen damit zunächst von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob man die §§ 153 ff. StPO als echte Eingriffe in das Legalitätsprinzip oder als Beschränkung unterhalb der Eingriffsschwelle deutet.

Sofern man das Legalitätsprinzip und das Opportunitätsprinzip überhaupt als gegenläufige Prinzipien anerkennt, kann an der Qualifizierung als echte Eingriffe kein Zweifel bestehen. Der Blick auf die einfachgesetzliche Ausgestaltung lässt erahnen, dass der Gesetzgeber diese These stützt, da die §§ 153 ff. StPO als ausdrückliche Ausnahmen (§ 152 II StPO: „soweit nicht“) zum Legalitätsprinzip konzipiert sind[695]. In sachlicher Hinsicht entscheidend für die Klassifizierung als Eingriff ist jedoch die Anwendung der verfassungsrechtlichen Terminologie. Die genannten Vorschriften erlauben ein Absehen von der Anklageerhebung bei Vorliegen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen, sodass zugunsten dieser spezifischen Konstellationen das Legalitätsprinzip eine durch den Gesetzgeber gewollte Beschneidung erfährt. Der Strafverfolgungszwang wird im jeweiligen Verfahren zielgerichtet abgebrochen, sodass man im Bereich der Grundrechte schon nach dem klassischem Eingriffsbegriff[696] das Vorliegen eines Eingriffs zu bejahen hätte.

Nicht vergessen werden darf nach dieser Weichenstellung, dass im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung die Existenz eines formellen Gesetzes stets nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Bejahung der Rechtfertigung sein kann. Ein in Grundrechte eingreifendes Gesetz muss seinerseits den sogenannten Schranken-Schranken[697] genügen. Die meisten dieser verfassungsrechtlichen

---

694 *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (136) m. w. N.

695 *Untersteller*, Der Begriff „öffentliches Interesse“, S. 25.

696 *Hobusch*, JA 2019, 278 (279): „Nach herkömmlichem Verständnis gehören zum klassischen Eingriffsbegriff die Merkmale der Finalität, der Unmittelbarkeit, der Qualität als Rechtsakt […] sowie der Durchsetzung mit Befehl oder Zwang.“

697 Dazu etwa *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 (430).

Einschränkungsregelungen lassen sich nicht sinnvoll auf die Frage übertragen, inwieweit eine kostenberücksichtigende Auslegung im Rahmen der §§ 153 ff. StPO das Legalitätsprinzip in verfassungswidriger Weise angreift.[698] Plausibel erscheint allerdings die der Rechtfertigungsprüfung eines Grundrechtseingriffs entlehnte Überlegung, dass der betroffene Gewährleistungsbereich nicht über Gebühr zurückgedrängt werden darf. Der Wesensgehalt muss unangetastet und die resultierende Einschränkung verhältnismäßig bleiben. Die wichtigste Anforderung, auf die es sich im Folgenden zu konzentrieren gilt, besteht somit darin, dass sich das einschränkende Gesetz unter Zugrundelegung des vorgeschlagenen Auslegungsverständnisses als verhältnismäßige Ausnahme des Legalitätsprinzips erweisen muss.[699]

b) Verfassungsrechtliche Leitlinien für eine verhältnismäßige Einschränkung des Legalitätsprinzips

aa) Widerstreitende Belange

Dass eine Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eine Gegenüberstellung der widerstreitenden Interessen erfordert, ist eine Selbstverständlichkeit.[700] Geht es um eine Beschränkung des Legalitätsgrundsatzes, sind die dies erfordernden Interessen in vielfältiger Gestalt denkbar.[701] Im hier zu beurteilenden Sachzusammenhang geht es um das Bedürfnis des Staates, seine Staatsaufgaben und damit auch die Strafverfolgung im Rahmen eines endlichen Etats zu bewältigen. In diesem Fall der Kollision der Notwendigkeit der Ressourcenschonung und des durch die Strafprozessordnung vorgegebenen Gesetzesprogrammes in Form des Legalitätsprinzips stehen sich Interessen gegenüber, denen Verfassungsrang zu attestieren ist. Auch bezüglich dieser Konstellation kann demnach als Ausgangsüberlegung formuliert werden: „Verfassungsrechtlich geschützte Güter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt.“[702]

Der Topos „Konkordanz der Strafrechtspflege“ scheint folglich bei einer ersten, vorläufigen Betrachtung eine geeignete Methode zur Auflösung des Spannungsfeldes zwischen Legalitätsprinzip und fiskalischen Notwendigkeiten zu bieten.

---

698 Beispielsweise ist das Zitiergebot gem. Art. 19 I 2 GG eine Pflicht, die nur bei der Einschränkung von Grundrechten befolgt werden muss.

699 Zutreffend *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (137 f.).

700 Auch hier findet *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (134) einen passenden Ausdruck, indem darauf hinweist, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dürfe nicht als „durchgehender Weichmacher“ fehlinterpretiert werden.

701 Hinsichtlich des Legalitätsprinzips wird dies zuweilen anhand des Beispiels einer Geiselnahme verdeutlicht. Das Interesse der betroffenen Person an der Erhaltung ihrer Gesundheit kann in solchen Fällen Vorrang vor dem Legalitätsprinzip haben, dazu *Jeutter*, Sinn und Grenzen des Legalitätsprinzips, S. 157 f.

702 Dazu *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., Rn. 72.

bb) Legalitätsprinzip und der Topos „Konkordanz der Strafrechtspflege"

Gleichwohl sollte die letztgenannte These nicht ohne nähere Prüfung auf die nun zu beurteilende Konstellation übertragen werden, weil die Sachlage bei näherem Hinsehen durch andere Parameter determiniert wird: Im vorherigen Teil[703] ging es um die Frage, ob aus dem Topos heraus die Beschränkung von Grundrechten aus dem Gesichtspunkt entstehender Kosten einer rechtlichen Legitimation zugeführt werden kann. An dieser Stelle der Untersuchung muss hingegen möglicherweise das Legalitätsprinzip durch den staatlichen Ressourcenaufwand Einschränkungen erfahren. Beschuldigtenrechte sind hingegen nicht betroffen, was sich an der folgenden Überlegung zeigt: Wird das Verfahren gegen den Beschuldigten eingestellt, ist dies für ihn sowohl in rechtlicher als auch in faktischer Hinsicht stets als vorteilhaft zu werten.[704] Zugleich besteht kein Rechtssatz, aufgrund dessen der Beschuldigte einen Anspruch auf die Verfahrenseinstellung hätte.[705] Da also der Beschuldigte weder einen Anspruch auf die Vornahme noch einen solchen auf die Unterlassung einer Opportunitätseinstellung hat, spielen Beschuldigtenrechte im Rahmen der Abwägungsentscheidung, ob eine durch Kostenerwägungen mitgetragene Entscheidung zum Strafverfolgungsverzicht zulässig ist, keine auch nur mitentscheidende Rolle. Anders als dann, wenn eine Kostenerwägung zulasten der Grundrechte des Beschuldigten gehen soll, stehen sich ausschließlich das Strafverfolgungsinteresse und das staatliche Kostenschonungsinteresse gegenüber, womit nur zwei Parameter die Abwägung dominieren. Ein dritter Parameter ergibt sich auch nicht aus den Rechten des Verletzten, da diesem kein Recht auf Bestrafung zuzuerkennen ist.[706] Trotz der nachvollziehbaren zunehmenden Betonung der Opferrechte bleibt es dabei, dass Strafverfolgung stets im öffentlichen Interesse stattfindet.[707]

Gerade aufgrund der Gegebenheit, nur zwei Parameter miteinander abmessen zu müssen, drängt sich die Überlegung auf, ob nicht die Bemühung einer in der Rechtsprechung verwendeten Formulierung des Topos geringerer Komplexität (Funktionstüchtigkeit; Effektivität; Effizienz) ausreicht. Insbesondere die Entscheidung zur Zulässigkeit der Verfahrensabsprache zeigt, dass der Anwendungsbereich des Topos nicht auf die Funktion Grundrechtseingriffe zu legitimieren beschränkt sein muss. Die staatliche Strafverfolgungstätigkeit und damit nicht zuletzt die Verwirklichung des Legalitätsprinzips kann ohne eine gewisse Kostenberücksichtigung in einem buchstäblichen Sinn nicht funktionieren, sodass die Kostenberücksichtigung möglicherweise als Ausfluss des Gebots der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" gedeutet werden

[703] 2. Teil D.

[704] Siehe dazu schon 2. Teil D. VI. 2. b) aa).

[705] Aufgrund der faktischen „Denkzettelwirkung" einer Verfahrenseinstellung gem. § 153 ff. StPO wird sich der Beschuldigte eine Verfahrenseinstellung gem. § 170 II StPO wünschen, dazu *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 7.

[706] Anders *Sturm*, GA 2017, S. 398 ff.

[707] KK-StPO[8]/Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 5c mit Beispielen aus der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung.

kann.[708] In diesem Sinne hat auch das BVerfG die Bedeutung des Topos im Rahmen der §§ 153 ff. StPO ausdrücklich betont.[709] Findet sich also eine Möglichkeit, mithilfe des Topos in seiner ursprünglichen Formulierungsweise die widerstreitenden Interessen miteinander abzumessen, ist der Rekurs auf abwägende und damit stets mit Unsicherheiten behaftete Konkordanzüberlegungen überflüssig.

(1) Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege

Allerdings stellt sich hinsichtlich des Topos in seiner Ursprungsverwendung „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ die hiesige Problematik nicht anders dar als bei der Heranziehung des Topos zur Legitimation eines Grundrechtseingriffs: „Funktionsfähigkeit“ und „Funktionsunfähigkeit“ sind Begriffe, die jeweils nur die denkbaren Extremzustände beschreiben.[710] Das vermag die Frage, inwieweit fiskalische Belange den Strafverfolgungszwang zurückdrängen dürfen, nicht hinreichend zu klären.[711] Noch ausgeprägter als im Bereich des Grundrechtseingriffs geht es hier eher um die Einordnung eines „mehr oder weniger“ als um die Beantwortung einer eindeutigen Ja-Nein-Frage.

(2) Effektivität der Strafrechtspflege

Für das Derivat „Effektivität der Strafrechtspflege“ gilt ebenfalls die bereits erörterte Kritik,[712] sodass auch dieser Begriff zur Rechtfertigung eines Absehens von Strafverfolgung aus Kostengründen ungeeignet ist. Der „Weg zum Ziel“, sprich die zur Zielerreichung erforderlichen Kosten, finden in einer Effektivitätsbegutachtung keinen Niederschlag.[713] Vorliegend stellt aber gerade die Zielerreichung mittels einer begrenzten Ressourcenkapazität die zentrale Problemstellung dar.

(3) Effizienz der Strafrechtspflege

Diese Andeutungen lassen vermuten, dass im hiesigen Zusammenhang die Möglichkeit einer Effizienzdarstellung naheliegend sein kann. Für die Beschneidung von Beschuldigtenrechten erwies sich eine Effizienzbetrachtung als verfehlt, da Effizienz

708 Solche Überlegungen werden auch in der Rechtsliteratur angedeutet. So meint etwa *Schulenberg*, JuS 2004, 765 zu einem als unbedingtem Strafverfolgungszwang verstandenen Legalitätsprinzip: „Funktionsunfähigkeit der Strafrechtspflege wäre die Folge.“

709 BVerfG, NStZ 2002, 211 (212). Ähnlich im Zusammenhang des § 354a StPO BVerfG, NJW 2007, 2977 (2980 f.).

710 *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 8 f.

711 Gleichwohl ist die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege schon früh in einem Atemzug mit den Opportunitätseinstellungen genannt worden, so etwa von *Eckl*, ZRP 1973, 139.

712 Siehe schon 2. Teil D. VI. 2. b) ee) (2) (b).

713 Zu einem anderen Ergebnis gelangt man nur, wenn man wie beispielsweise v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 51 die eingesetzten Mittel in die Definition aufnimmt. Dann wird aber die Abgrenzung zum Begriff der Effizienz unmöglich, zutreffend dazu *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 193 f. sowie *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 14.

als das Verhältnis zwischen Zielerreichung zu Ressourceneinsatz definiert wurde. Da die Wahrung der Beschuldigtenrechte aber gleichermaßen ein Teilziel des Strafverfahrens wie auch die Durchsetzung des materiellen Strafanspruchs abbildet, konnte einer sich zulasten der Beschuldigtenrechte auswirkenden Kostenerwägung nicht das Effizienzcharakteristikum zugesprochen werden. Das wesentliche Ergebnis dieser Überlegung mündete daher in der Erkenntnis, dass das Ziel „Herstellung von Rechtsfrieden“ verfehlt wird, wenn im jeweiligen Verfahren die Rechte des Beschuldigten übergangen werden.[714]

Die Problematik der Kollision zweier Teilziele stellt sich an dieser Stelle der Untersuchung nicht. Die Notwendigkeit, möglichst viele Strafverfahren aus einem endlichen Etat bewältigen zu müssen, lässt sich vielmehr als klassisches Verteilungsproblem erfassen, bei dem zu überlegen ist, wie sich eine möglichst optimale Zielverwirklichung (hier: Verwirklichung des Legalitätsprinzips) erreichen lässt. Insoweit kann man im Ausgangspunkt durchaus von einem Effizienzgebot sprechen.

Ein so verstandenes Effizienzgebot ist aber bei näherem Hinsehen ausgesprochen schwach und beschreibt nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit. Tatsächlich besagt es nichts anderes als die aus der Umgangssprache bekannte Wendung, dass Geld „nur einmal ausgegeben werden kann“.

(a) Starke Definitionen von Effizienz

Werden mit einem schwachen Verständnis von Effizienz in erster Linie Selbstverständlichkeiten in einen Begriff gefasst, bleibt zu überlegen, ob der Effizienzbegriff nicht auch in einem starken Sinn für die Rechtsfindung fruchtbar gemacht werden kann.

Zuweilen wird im Zusammenhang von Effizienzerwägungen auf die „ökonomische Analyse des Rechts“[715] eingegangen[716] und es wird beleuchtet, inwieweit Modelle der Wohlfahrtsökonomie, zuvörderst die Effizienzdefinitionen von *Pareto*[717] und *Kaldor/Hicks*[718], im Recht Geltung beanspruchen können. Die letztgenannten Autoren halten etwa eine Zustandsveränderung für effizient, wenn die durch die Zustandsveränderung Begünstigten aus ihrem Gewinn heraus die dadurch Benachteiligten entschädigen könnten und dabei dennoch einen Restvorteil behielten.[719] Daneben bestehen weitere Verständnisse von Effizienz, wobei die trennschärfste Unterscheidung noch die hier angesprochene zwischen einer schwachen und star-

---

714 Siehe schon 2. Teil D. VI. 2. b) ee) (2) (c).

715 Grundlegend dazu *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts, 2. Aufl., S. 11 ff.

716 So beispielsweise bei *Viering*, Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems, S. 38 ff. *Maiazza*, Opportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren, S. 82ff und *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 10 f. setzen hingegen den Begriff der Effizienz mit dem der Wirtschaftlichkeit von vornherein gleich.

717 Dazu aus juristischer Perspektive insbesondere *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 48 f.

718 Dazu etwa *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, S. 50 ff.

719 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51.

ken Effizienz ist.[720] Hinsichtlich einer exakten Bestimmung von Effizienz ist in Anbetracht der verschiedenen Ansätze vieles unklar, sodass eine einheitliche Definition nicht existiert. Eine Gemeinsamkeit starker Effizienzdefinitionen liegt immerhin in ihrem Anliegen, die Effizienz selbst zum Meta-Ziel zu erheben, an dem sich alle anderen Ziele zu messen hätten.[721] Zwar stellen auch die Verfechter der „ökonomischen Analyse des Rechts" nicht in Zweifel, dass zur Erreichung bestimmter Gerechtigkeitsziele gelegentlich Effizienzverluste hinzunehmen sind.[722] Allerdings erschöpfen sich diese starken Verständnisse von Effizienz gerade nicht in einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung und somit in einer Betrachtung der Optimierung einer Zweck-Mittel-Relation.[723] Aufgeworfen ist somit die Frage, ob und bejahendenfalls welcher dieser starken Effizienzbegriffe im Strafverfahrensrecht oder auch im deutschen Recht im Allgemeinen Geltung beanspruchen könnte.

Zunächst ist offensichtlich, dass der Transfer einer starken Effizienzdefinition in das Strafverfahrensrecht aufgrund der begrifflichen und normativen Schwierigkeiten nur schwer möglich wäre.[724] Die Zugrundelegung einer starken Definition scheitert zudem aus Rechtsgründen. Das Grundgesetz geht nicht von einer starken Effizienzdefinition aus, sodass sich an der objektiven Werteordnung nicht ablesen lässt, welches Verständnis von Effizienz das rechtlich zutreffende sein sollte. Die Behauptung, de lege lata sei „Effizienz" als Rechtsprinzip nicht anzuerkennen, erweist sich als plausibel, da das Grundgesetz eine solche Festlegung schlicht nicht hergibt, mag es ihr auch im Grundsatz nicht entgegenstehen.[725] Mit Blick auf das Grundgesetz als geschriebenes Recht kann man hingegen verlässlich nur davon ausgehen, dass die Strafverfolgungstätigkeit als staatliches Handeln dem Gebot der „Wirtschaftlichkeit", das in Art. 114 II 1 GG seinen ausdrücklichen Niederschlag findet, entsprechen muss. Dieses Gebot umschreibt aber gerade kein starkes Effizienzgebot im Sinne der Wohlfahrtsökonomie,[726] sondern erschöpft sich in einem allgemeinen Sorgsamkeitsprinzip[727] und damit in einer schwachen Effizienzdefintion.

Darüber hinaus ist zu konstatieren, dass sich die im Strafverfahrensrecht vorzufindende Problemstellung der Mittelknappheit auch in sachlicher Hinsicht sinnvoller mit einer schwachen als mit einer starken Definition von Effizienz erfassen lässt. Weder die Verwendung des Topos „Effizienz der Strafrechtspflege" in Recht-

[720] Ähnlich *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51.
[721] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 56.
[722] So etwa *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213 (221).
[723] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 56.
[724] Insgesamt kritisch hierzu *Fezer*, JZ 1986, 817ff; JZ 1988, 223.
[725] Zutreffend *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 487.
[726] Der Hinweis bei *Maiazza*, Opportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren, S. 84, es sei eigenartig, dass der verfassungsrechtlichen Verankerung von Effizienzüberlegungen nicht nachgegangen werde, ist daher nur teilweise nachvollziehbar. Dies ist damit zu erklären, dass der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gem. Art. 114 II 1 GG anerkannt ist. Das geht aber gerade nicht mit der Anerkennung eines Effizienzprinzips im Sinne einer eigenständigen Gesetzgebungstheorie einher.
[727] Ähnlich *v. Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 235 f.

sprechung und Literatur noch die anhaltenden Aktivitäten des Gesetzgebers, mittels derer das Strafverfahren „praxistauglicher" gestaltet werden soll, zielen darauf ab, die Effizienz zum dominierenden Postulat des Strafverfahrensrechts zu erheben. Wenn beispielsweise der BGH bei seiner Entscheidung zur Zulässigkeit von Verfahrensabsprachen auf den Topos abstellt,[728] trägt er dem Umstand Rechnung, dass die zur Verfügung stehenden finanziellen Ressourcen so gering sind, dass bei der Gesetzesverwirklichung Abstriche in Kauf genommen werden müssen. Genauso verhält es sich im Bereich der Gesetzgebung.[729] Hier wäre meistens der Begriff „schlanker" sachlich zutreffender. Jeweils geht es nicht um die Implementierung eines Effizienzgebots im Sinne der Wohlfahrtsökonomie, sondern um die Bewältigung der „Staatsaufgabe Strafverfolgung" aus einem knapp bemessenen Budget.

Schließlich ist das Strafverfahrensrecht diejenige Prozessordnung, in der die Integration einer starken Effizienzidee am schwierigsten möglich wäre, da die endgültige Zielbestimmung in der Form der Erreichung von Gerechtigkeit noch stärker als in anderen Verfahrensordnungen normativ geprägt ist.[730] Entsprechend weniger Raum bleibt für ein starkes Effizienzverständnis.[731]

Die „Effizienz der Strafrechtspflege" sollte deshalb nicht als eigenständiger Argumentationstopos anerkannt werden.

(b) Wirtschaftliche Strafrechtspflege

Wenn auch nicht in Form einer starken Definition von Effizienz ist also eine rechtliche Erfassung des Spannungsfeldes zwischen dem Strafverfolgungszwang und der Mittelknappheit durch das Wirtschaftlichkeitsgebot gem. Art 114 II 1 GG und damit durch eine schwache Definition von Effizienz ansatzweise möglich.

In Erinnerung an die Erkenntnis, dass das Wirtschaftlichkeitsprinzip gem. Art. 114 II 1 GG ein Minimal- und ein Maximalprinzip enthält, erscheint insbesondere der letztgenannte Bestandteil als aufschlussreicher Aspekt, da das Maximalprinzip postuliert, dass aus einem gegebenen Etat ein größtmöglicher Erfolg erzielt werden soll.[732] Eingedenk der Haushaltsautonomie des jeweiligen Gesetzgebers ist im Ausgangspunkt anzuerkennen, dass die Strafverfolgungsbehörden aus Rechtsgründen gehindert sind, das zur Strafverfolgung ausgewiesene Budget zu überschreiten. Demzufolge lässt sich die Bedingung des Maximalprinzips „gegebener Etat" bezogen auf das hier erörterte Problem sinnvoll festlegen. In puncto „größtmöglicher Ertrag" geht es dann um die bestmögliche Verwirklichung des Legalitätsprinzips aus

---

728 BGH, NJW 2005, 1440 (1443 f.).

729 Beispielsweise das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017, BGBl. I, 3202, 3630. Mit Blick auf die enthaltenen Regelungen war wohl die „effizientere Ausgestaltung des Strafverfahrens" gemeint.

730 Zutreffend *Hofmann*, KriPoZ 2020, 38 (39): „Was im Rahmen einer ökonomischen Bewertung, etwa eines Unternehmens, einleuchtet, ist im Kontext von Justiz und Strafverfolgung bedeutend komplizierter."

731 Ähnlich *Pflughaupt*, Prozessökonomie, S. 128 ff.

732 *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 9.

diesem Etat. Einen „größtmöglichen Ertrag“ wird man im Rahmen des Legalitätsprinzips annehmen können, wenn möglichst viele Strafverfahren bearbeitet werden, wobei selbstverständlich keine rein quantitative, sondern eine die Bedeutung der Verfahren berücksichtigende Betrachtung vorzunehmen ist.

Insgesamt lässt sich daher erkennen, dass die Formulierung eines Gebots einer „wirtschaftlich vorgehenden Strafrechtspflege“ eher Missverständnissen vorbeugt als die Alternative, von einem Gebot der „Effizienz der Strafrechtspflege“ zu sprechen. Da das Wirtschaftlichkeitsprinzip eine auch für die staatliche Strafverfolgungstätigkeit geltende rechtliche Entsprechung in Art. 114 II 1 GG hat, vermeidet man insbesondere einen Rekurs auf Gebote, deren rechtliche Fundierung sich nicht darlegen lässt.

(4) Konkordante Strafrechtspflege

Wenn der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz die Problemlage im Wesentlichen erfasst, fragt sich, ob das Gebot der konkordanten Strafrechtspflege im hier erörterten Zusammenhang überhaupt noch vonnöten ist.

Das ist im Ergebnis zu bejahen, da sich eine reine Festlegung auf das Maximalprinzip des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes als zu kurz gedacht erweist. Nimmt man eine wirtschaftliche Vorgehensweise an, solange der zur Strafverfolgung zur Verfügung gestellte Etat nicht überschritten wird und vorhandene Mittel optimal eingesetzt werden, muss eine Budgetüberschreitung als Verstoß gegen das Maximalprinzip und damit als unwirtschaftlich gewertet werden. Diese Konsequenz erscheint zunächst unproblematisch, da die Zuweisung des jeweiligen Budgets für die Erfüllung der konkreten Aufgabe in erster Linie eine politische, haushälterische Entscheidung ist,[733] die nicht auf dem Wege einer rechtlichen Abwägung konterkariert werden darf.

Diese Überlegung lässt aber die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Forderung außer Acht, dass das Legalitätsprinzip überhaupt in rechtlich hinreichender Weise zur Geltung kommen muss. Das erfordert konkret eine zureichende Bereitstellung finanzieller Mittel. Diese Notwendigkeit bleibt aber im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung unbeachtet, da diese lediglich die Überschreitung des zur Verfügung gestellten Budgets verbietet.[734] Die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung lässt hingegen unberücksichtigt, ob der zu verteilende Bestand finanzieller Mittel seinerseits als hinreichend angesehen werden darf.[735]

---

733 *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 37 mit Verweis auf BVerfG 129, 124 (170 f.).

734 Auch das Minimalprinzip hilft an dieser Stelle nicht weiter, da die Verwirklichung des Legalitätsprinzips ein zu normativ geprägtes Ziel ist, um es im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung seriös zu messen.

735 In ähnlichem Zusammenhang wie hier zutreffend *Rabe*, Verständigungsurteil, S. 104: „Raum für Abwägung existiert aber erst, wenn rechtsstaatliche Mindesterfordernisse beachtet wurden.“

Das Wirtschaftlichkeitsgebot begrenzt den Legalitätsgrundsatz folglich nicht von vornherein, sondern setzt erst in einem zweiten Glied an. Die Lage ist erst treffend beschrieben, indem man die Kollision zwischen dem Legalitätsprinzip, das seine möglichst umfassende Durchsetzung verlangt, und der Haushaltsautonomie des Gesetzgebers, die respektiert werden will, erkennt. Da es sich dabei um Gebote von Verfassungsrang handelt, kann die Kollision nur auf dem Wege praktischer Konkordanz aufgelöst werden.[736]

Nicht nur dann, wenn ein Grundrechtseingriff unter Bezugnahme auf Kostenerwägungen legitimiert werden soll, sondern auch, sofern es das Spannungsfeld zwischen dem Legalitätsprinzip und Kostenerwägungen zu lösen gilt, ist folglich ohne einen Rekurs auf das Gebot einer konkordanten Strafrechtspflege nicht auszukommen.

(5) Konkordanz statt Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege

Die vorstehenden Überlegungen sollten aufzeigen, dass in begrifflicher Hinsicht die Formulierung „Konkordanz" am ehesten geeignet ist, die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes zu einem gewissen Grad im Rahmen der §§ 153 ff. StPO zu legitimieren. Das BVerfG bevorzugt dagegen den Ursprungstopos, wenn es betont: „§ 153a StPO dient – auch im Interesse der Entlastung und damit der Funktion der Strafrechtspflege – der Zurückdrängung des Strafens im Bereich der kleineren und mittleren Kriminalität".[737] Auch hier wird also der aus dem Verständigungsurteil bekannte Zusammenhang zwischen der Notwendigkeit der Ressourcenschonung und dem Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" hergestellt. In der Rechtsliteratur wird die Annahme eines solchen Zusammenhangs mit größtenteils bekannten Argumenten kritisiert:

Die Herstellung eines Zusammenhangs zwischen der Entlastung der Strafverfolgungsbehörden und dem Topos sei nur bei Vorliegen eines Staatsnotstands denkbar.[738] Der Topos beweise an dieser Stelle erneut seine Widersprüchlichkeit, da eine Verfahrenseinstellung gem. § 153a I StPO der Funktionsfähigkeit zuwiderlaufe, anstatt ihr zu dienen.[739] Dem Gesetzgeber sei es des Weiteren verwehrt, auf den Topos zurückzugreifen, „um politische Entscheidungen als alternativlose Konsequenz konstitutioneller Pflichten, und ihre Durchsetzung als Vollzug der Verfassung, darzustellen"[740].

---

[736] Zutreffend zur Auflösung der Kollision *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 9.

[737] BVerfG, NStZ 2002, 211 (212).

[738] *Afshar*, Strafprozessuale Pragmatik und Normdeutung, S. 304; ähnlich *Wohlers*, NJW 2010, 2470 (2472), der meint, ein Abweichen von Verfahrensprinzipien könne der Topos nur rechtfertigen, wenn das System der Strafrechtspflege vor dem Zusammenbruch stehe.

[739] *Stuckenberg*, in: GS Weßlau, 369 (387), zitiert von *Afshar*, Strafprozessuale Pragmatik und Normdeutung, S. 311.

[740] *Afshar*, Strafprozessuale Pragmatik und Normdeutung, S. 311.

Der Kritik ist weitestgehend zuzustimmen: Auf das Argument, die Strafrechtspflege könne ohne die §§ 153 ff. StPO nicht mehr funktionieren, sollte man tatsächlich nur zurückgreifen, wenn echte Anhaltspunkte für einen Zusammenbruch des Systems vorliegen.[741] Auch der Vorwurf bezüglich der Widersprüchlichkeit des Topos trifft zu.[742] *Afshar* führt dazu als plausiblen Beleg den „Fall Pohle" an[743], in dem das BVerfG die Opportunitätseinstellungen gem. §§ 153 ff. StPO noch als Gegensatz zum Topos verstanden hatte.[744] Auch *Afshars* drittes Argument kann nur Zustimmung finden, da es in der Tat eine zu weitreichende Betonung des Topos wäre, wenn man alleine aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Verwurzelung die Entlastung der Strafverfolgungsbehörden als aus ihm folgende Schlussfolgerung als zulässigen Normzweck der §§ 153 ff. StPO anerkennen würde.

Wendet man die drei Argumente auf den Topos „konkordante Strafrechtspflege" an, ergibt sich hingegen Folgendes:

Der Rekurs auf den Topos „konkordante Strafrechtspflege" ist auch außerhalb eines drohenden Staatsnotstandes oder Systemzusammenbruchs möglich, weil über den Topos die Bedingung der Endlichkeit der zur Verfügung stehenden Ressourcen in die staatliche Strafverfolgungstätigkeit implementiert wird. Wie bereits dargelegt, stellt dies auch zu „Normalzeiten" eine unabdingbare Konsequenz der Feststellung dar, dass ohne die Berücksichtigung der Endlichkeit der Ressourcen das Gesetz unerfüllbare Forderungen postulieren würde. Der Topos sorgt vielmehr dafür, dass verfügbare Ressourcen im durch den Gesetzgeber vorgesehenen Maß eingesetzt werden. Die Entlastung der Strafverfolgungsbehörden kann in Anbetracht dieses Umstands kein per se unzulässiger Normzweck der §§ 153 ff. StPO sein, da (nur) durch die Implementierung solcher Vorschriften der Haushaltsautonomie des Gesetzgebers Rechnung getragen wird.

Zum Vorwurf der Widersprüchlichkeit des Topos ist zu konstatieren, dass dieser im vorgeschlagenen Topos gerade nicht schadet. Widersprechende Interessen sind stets integrale Bestandteile des Konkordanzbegriffs. Auch hier ist nochmals zu betonen: Ohne die Abwägung konfligierender Gesichtspunkte ist im Strafprozessrecht weder auf der Rechtssetzungs- noch auf der Rechtsanwendungsebene auszukommen; zwingend einzuhalten ist aber die Betonung der Gleichrangigkeit, was durch den Begriff „Konkordanz" gewährleistet, durch den Begriff „Funktionstüchtigkeit" in seiner klassischen Verwendungsweise hingegen leicht verkannt wird.

---

741 Dieser Aspekt wird auch hinsichtlich der Verfahrensabsprache gem. § 257c StPO kritisiert. Das Argument des sonst drohenden Systemzusammenbruchs wird dort stark bezweifelt, so etwa BeckOK-StPO[39]/*Eschelbach*, § 257c Rn. 1.12.

742 S. schon Teil 2 D. V. 5. a).

743 *Afshar*, Strafprozessuale Pragmatik und Normdeutung, S. 310.

744 BVerfG, NJW 1977, 2355 (2356).

Dass das dritte Argument gegen den Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ in Form der behaupteten Überbetonung hinsichtlich des vorgeschlagenen Topos nicht zutrifft, ist leicht zu erkennen: Konkordanz ist eine verfassungsrechtliche Methode und keine Staatsaufgabe. Wenn insoweit auf den „Vollzug der Verfassung“[745] rekurriert wird, ist dies in rechtsstaatlicher Hinsicht wünschenswert.

cc) Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die Berücksichtigung des Kostenaufwandes im Rahmen der § 153 ff. StPO kann in Anbetracht der vorstehenden Überlegungen nicht mittels eines Rekurses auf den Topos „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“ oder eines seiner Derivate erklärt werden. Vielmehr handelt es sich um ein Abwägungsproblem, bei dem maßgeblich ist, dass ein konkordantes Verhältnis zwischen dem Legalitätsprinzip und der Haushaltsautonomie des Gesetzgebers hergestellt wird. Insoweit bleibt zu klären, ob sich die §§ 153 I, 153a I StPO und ihre Anwendung auch dann noch als verhältnismäßige Eingriffe in das Legalitätsprinzip erweisen, wenn man die genannten Vorschriften um eine kostenberücksichtigende Auslegung ergänzt.[746] Die bedeutendste Frage in diesem Zusammenhang lautet, welche Reichweite die kostenberücksichtigende Auslegung einnehmen darf, wenn das Legalitätsprinzip nicht über Gebühr zurückgedrängt werden soll.

(1) Legitimer Zweck der §§ 153 I, 153a I StPO als in das Legalitätsprinzip eingreifende Gesetze

Der Zweck der genannten Regelungen besteht neben der Entkriminalisierungsfunktion in dem Bestreben, den Strafverfolgungsbehörden eine Möglichkeit zu eröffnen, ihre knapp bemessenen Kapazitäten im Kernbereich der Kriminalität einzusetzen.[747] Die kostenberücksichtigende Auslegung des öffentlichen Interesse fügt sich in diesen Normzweck nahtlos ein. Das Problem der begrenzten Kapazitäten stellt sich nicht nur für den Zeit- oder Personalaufwand, sondern vielmehr für die Bereitstellung finanzieller Mittel insgesamt. Der Zweck der kostenberücksichtigen Auslegung liegt in dem Bestreben, eine Etatüberschreitung und damit die Gefährdung der Erfüllung anderer Staatsaufgaben zu verhindern.

---

745 Begriff nach *Afshar*, Strafprozessuale Pragmatik und Normdeutung, S. 311.

746 Dies entspricht strukturell der Vorgehensweise von *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (135): „Damit lastet das Hauptgewicht der Problemlösung auf dem richtigen Maß des Ausgleichs zwischen Legalitätsprinzip und jeweiligem Kollisionsgut. Hier muß die Zuspitzung auf das Einzelproblem erfolgen, und hier gilt es deshalb, penibel die methodischen Vorgaben einer Verhältnismäßigkeitsherstellung zu beachten.“

747 BVerfG, NStZ 2002, 211 (212); *Schulenberg*, JuS 2004, 765 mit Verweis auf *Fezer*, Strafprozessrecht, 2. Aufl., S. 6.

(2) Geeignetheit des Mittels

Die genannten Vorschriften, ergänzt um die hier vorgeschlagene auch Kostenerwägungen zulassende Auslegung, tragen zur Kostenschonung und damit zur Einhaltung des Budgets bei. Die kostenberücksichtigende Auslegung ist daher zur Erreichung des Zwecks förderlich.

(3) Erforderlichkeit des Mittels

Ob eine Kostenerwägungen zulassende Auslegung im Rahmen der genannten Vorschriften das erforderliche Mittel darstellt, ist bei der hiesigen abstrakt-theoretischen Herangehensweise schwer festzustellen. Im Ausgangspunkt muss der üblichen Methodik folgend nach Alternativmaßnahmen gesucht werden. Daher ist zu fragen, ob die Budgeteinhaltung nicht auch auf Wegen gewährleistet werden kann, die das Legalitätsprinzip stärker schonen. Eine solche Option wurde bereits untersucht: Die Ausführungen im zweiten Teil der Untersuchung zeigen, dass man die Problematik der Ressourcenknappheit auch zulasten der Rechte des Beschuldigten auflösen kann, indem gegen ihn bei Vorhandensein verschiedener Ermittlungsmaßnahmen die kostengünstigere gewählt wird. Ein solches Vorgehen lässt das Legalitätsprinzip ebenso unberührt wie die Implementierung bestimmter Rechtsinstitute[748], die Beschuldigtenrechte verkürzen. Es ist jedoch in einem dem Gebot der Waffengleichheit verpflichteten Strafverfahrensrecht[749] undenkbar, die das gesamte Verfahren umfassende Problematik der Mittelknappheit nur zulasten eines bestimmten Verfahrensbeteiligten – des Beschuldigten – aufzulösen. Eine einseitige Auflösung des Mittelknappheitsproblems würde verkennen, dass sowohl die Gewährleistung des Legalitätsprinzips als auch der Grundrechte seitens des Grundgesetzes verlangt werden und daher im Ausgangspunkt gleichrangig sind. Die Haushaltsautonomie des Gesetzgebers, die es in gebotenem Maß zu respektieren gilt, muss deshalb auf beide genannten Interessen ausstrahlen.

In tatsächlicher Hinsicht ist zudem festzuhalten, dass die Verfahrenseinstellungen gem. §§ 153 ff. StPO ein anerkanntes Massenphänomen darstellen, sodass dort beträchtliche Einsparpotenziale liegen.[750] Die Möglichkeit, Kostenerwägungen ausschließlich zulasten des Beschuldigten wirken zu lassen, erfüllt daher die Voraussetzung der gleichen Wirksamkeit nicht.

Dass gerade die hier vorgeschlagene kostenberücksichtigende Auslegung der Vorschriften zur Einhaltung des Budgets erforderlich ist, ist in tatsächlicher Hinsicht durch reale Zahlen schwer beweisbar.[751] Die anhaltenden Bemühungen des Gesetz-

[748] Siehe dazu die Ausführungen im 4. Teil F. und G.

[749] Dazu *Safferling*, NStZ 2004, 181 (188), der für das Ermittlungsverfahren zum Ergebnis gelangt, die Verwendung des Begriffs sei aufgrund der gegebenen Machtverteilung eher irreführend.

[750] Zur Einstellungspraxis *Lorenzen*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein-FS, 541 (557).

[751] Vgl. aber immerhin die bereits angeführte Untersuchung von *Dittmann*, Wie funktioniert die Erledigung von Strafverfahren, S. 279, wonach die Staatsanwaltschaften bei einem höheren

gebers geben immerhin zu erkennen, dass finanzielle Mittel immer knapp sind,[752] sodass die Mittelknappheit nicht zu Unrecht als das Kernproblem des Strafprozessrechts bezeichnet wird.[753] Die Rechtsprechung zur Verständigung hat ebenfalls offenbart, dass die Strafverfolgungsbehörden hinsichtlich ihrer personellen und finanziellen Ausstattung dergestalt an der Belastungsgrenze arbeiten, dass dies zuweilen auch in der Rechtsfindung nicht ohne Konsequenzen bleibt. Die Mittelknappheit ist daher ein Faktum, das es anzuerkennen gilt[754], dem ganzheitlich begegnet werden muss und dem man am besten Rechnung trägt, wenn man entstehende Kosten bei der Auslegung und Anwendung des Rechts bedenkt, insofern entsprechende Auslegungsspielräume bestehen.

(4) Angemessenheit des Mittels

(a) Abstrakte Betrachtung

Die kostenberücksichtigende Auslegung der Vorschriften muss schließlich die Angemessenheit wahren, was auf eine Abwägung zwischen dem staatlichen Kostenschonungsinteresse, das heißt der Einhaltung des Budgets zum Zwecke der Erfüllung anderer Staatsaufgaben, und dem Legalitätsprinzip hinausläuft.

In Anbetracht der hohen Bedeutung des Legalitätsprinzips für die Verwirklichung von Gerechtigkeit ist als Mindestbedingung zu formulieren, dass es der Haushalt ermöglichen muss, in der Rechtsanwendung das Legalitätsprinzip als Regel und das Abweichen von ihm als Ausnahme zu gewährleisten.[755] Eine Umkehrung dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses kann nicht hingenommen werden, da anderenfalls, um eine Parallelität zu den Grundrechten zu nennen, der Wesensgehalt des Legalitätsprinzips als verfassungsrechtlich geforderten Zustand angegriffen würde.[756] Zu Recht wird daher in der Literatur zuweilen darauf hingewiesen, dass es hinsichtlich weiterer Einschnitte in das Legalitätsprinzip eine aus Verfassungsgründen zu ziehende Grenze gibt.[757] Ob diese Grenze nicht bereits überschritten wurde, ist eine seit jeher im Raum stehende Frage.[758]

Arbeitsanfall mehr von den Verfahrenseinstellungen gem. §§ 153 ff. StPO Gebrauch machen als bei einem geringeren Arbeitsanfall.

752 Aus jüngerer Zeit *Claus*, NStZ 2020, 57. Bezeichnend für den Zusammenhang zwischen angespannter Haushaltslage und Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaft der Erlass des damaligen hessischen Justizministers *v. Plottnitz* in NJW 1996, 241.

753 *Hassemer*, FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 529 (535, 538 f.).

754 *Veen*, Beweisumfang und Verfahrensökonomie, S. 1.

755 Zutreffend bereits Eckl, ZRP 1973, 139; *Faller*, in: FS Maunz, 69 (81 f.).

756 *Hassemer*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 529 (537) bringt dies treffend auf den Punkt: „So viel Legalität wie möglich, so viel Opportunität wie (aktuell politisch und ökonomisch) nötig.“

757 *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (138).

758 Diese Frage schon im Jahr 1971 aufwerfend *Faller*, in: FS Maunz, 69 (82).

Hierbei ist aber als entscheidender Umstand im Blick zu behalten, dass es nicht die kostenberücksichtigende Auslegung der Opportunitätsvorschriften, sondern bereits die gegebenenfalls unzureichende Ausstattung durch den Gesetzgeber ist, die die Geltung des Legalitätsprinzips in Zweifel stellt und aushöhlt.[759]

(b) Prüfung der Angemessenheit im konkreten Einzelfall

Als im Kern problematisch erweist sich somit die Frage, in welchem Rahmen der Kostenaufwand im Rahmen der Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall berücksichtigt werden darf. Aufgrund des geschilderten Regel-Ausnahme-Verhältnisses muss die Schlagkraft des Kostenarguments tendenziell schwach ausfallen. Diesen Ausnahmecharakter kann man im Rahmen der Rechtsanwendung mit einer Vertretbarkeitskontrolle realisieren, indem man zunächst fragt, ob von der Realisierung der Strafzwecke im konkreten Fall abgesehen werden kann. Ist dies eindeutig zu bejahen, sind Überlegungen zu staatlicherseits entstehenden Kosten überflüssig. Ist die Frage eindeutig zu verneinen, dürfen Kostenerwägungen das Abwägungsergebnis ebenfalls nicht in das Gegenteil verkehren. Ein echter Anwendungsbereich verbleibt nur für Grenzfälle, die in der Praxis naturgemäß häufig vorkommen. Im Rahmen dieser Grenzfälle kann der drohende Kostenaufwand das Pendel in die Richtung der Verfahrenseinstellung schlagen lassen. Der Kostenaufwand muss derart gewichtig sein, dass sich dem Rechtsanwender das Verhältnis zur Bedeutung der Sache offensichtlich aufdrängt.[760] Ein strukturell größerer Bedeutungsgehalt darf dem Kostenargument nicht beigemessen werden, wenn nicht eine übermäßige Aufweichung des Legalitätsprinzips in Kauf genommen werden soll.

Ein erkennbarer Mangel der vorstehenden Überlegungen besteht in der verbleibenden Unsicherheit, da es in praktischer Hinsicht nicht zuletzt von den Anschauungen des Rechtsanwenders abhängt, in welchen Fällen er den drohenden Ressourcenaufwand für unvertretbar hält. Es handelt sich um eine Einzelfallabwägung, der die Etablierung starrer Maßstäbe kaum gerecht werden könnte. Solche Unsicherheitselemente sind aber bei Abwägungen im Rahmen der §§ 153 ff. StPO ein generelles Problem[761] und kein Spezifikum der Berücksichtigung entstehender Kosten. Einerseits besteht Unsicherheit über die Frage, ab welchem Grad der Ressourcenaufwand als unvertretbar erscheint, andererseits wird mit dem Kostenargument ein sachgerechtes Kriterium für die Abwägungsprüfung gewonnen. Die Abwägung im Rahmen der §§ 153 I, 153a I StPO wird so gesehen durch die Berücksichtigung des

[759] Zutreffend KK-StPO[8]/Fischer, Einleitung Rn. 30, der betont, die Beschneidung der Ressourcen fördere die Ausdehnung des Opportunitätsprinzips.

[760] Ähnlich bezüglich des Entschließungsermessens im Polizeirecht *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 296. Er meint, das Einschreiten müsse die Regel und das Nicht-Einschreiten die Ausnahme sein. SK-StPO[5]/*Weßlau*/Deiters, § 153 Rn. 20 sprechen sich für die Berücksichtigung des Justizaufwandes aus. Da sie nicht verlangen, die Unvertretbarkeit des drohendes Aufwandes müsse sich aufdrängen, geht ihre Position möglicherweise weiter als die hier vertretene.

[761] So im Generellen für die §§ 153 ff. StPO LR-StPO[26]/*Beulke*, § 152 Rn. 50.

Ressourcenaufwandes nicht zufälliger als sie ist, wenn man den Ressourcenaufwand gänzlich ausblenden wollte. Mit Blick auf die Transparenz staatlichen Handelns wäre die Anerkennung der Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes jedenfalls zu begrüßen.[762]

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass eine Kostenerwägungen berücksichtigende Auslegung der §§ 153 I, 153a StPO das Legalitätsprinzip nicht über Gebühr zurückdrängt, sofern man dem Kostenargument einen Ausnahmecharakter zuweist.

c) Vereinbarkeit mit weiteren Verfassungsrechtssätzen

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsprüfung ist weiterhin zu bedenken, dass die kostenberücksichtigende Auslegung im Rahmen einer Opportunitätsregelung sich nicht nur als verhältnismäßig gegenüber dem Legalitätsprinzip verhalten muss, sondern auch im Übrigen nicht gegen Rechtssätze der Verfassung verstoßen darf. Namentlich sind Einschränkungen des Legalitätsprinzips durch Kostenerwägungen mit Blick auf das aus Art. 3 I GG folgende Gleichbehandlungsgebot und die in Art. 20 III GG wurzelnde Unschuldsvermutung kritisch zu sehen.

aa) Gleichbehandlungsgebot

Da das Legalitätsprinzip eine willkürfreie Strafverfolgung gewährleisten soll, betont das BVerfG folgerichtig die sachliche Verwandtschaft zum Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 I GG.[763] Zwar existiert kein Anspruch auf Strafverfolgungstätigkeit gegen andere Personen in gleicher Verdachtslage, weil ein dahingehendes subjektiv öffentliches Recht an einer Individualbezogenheit des Legalitätsprinzips scheitert.[764] Allerdings weckt es mit Blick auf die staatliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Bürger Bedenken, wenn die Einstellung des Verfahrens aus Kostenerwägungen in einem Fall erfolgt, während sie in einem anderen, abgesehen vom Kostenaufwand identischen Fall, unterbleibt.

(1) Beispielsfall

Zur Veranschaulichung dieser Problematik soll der folgende Beispielsfall dienen:

> Der Staatsanwalt ermittelt in zwei voneinander unabhängigen Verfahren gegen die Beschuldigten A und B. Für A und B steht jeweils die Begehung eines Diebstahls im Raum, wobei die Schuld von A und B bei prognostischer Betrachtung jeweils als gering einzuschätzen ist. In beiden Fällen hält der Staatsanwalt jedoch eine Bestrafung aus generalpräventiven Aspekten für sinnvoll. Im Verfahren gegen B ist dem Staatsanwalt das den B wahrscheinlich über-

[762] Dabei ist auch hier zu betonen, dass die tatsächliche Verfahrensweise der Praxis mangels entsprechender Rechtsschutzmöglichkeit schwer einzuschätzen ist.

[763] BVerfG, NJW 1966, 1603 (1615).

[764] So etwa BVerfG, NStZ 1982, 430.

führende Beweismittel bekannt. Dieses ist allerdings nur unter Inkaufnahme eines massiven, augenscheinlich außergewöhnlichen Kostenaufwandes zu erlangen. Dieser Umstand veranlasst den Staatsanwalt dazu, das Verfahren gegen B gem. § 153 I StPO einzustellen. Das den A wahrscheinlich überführende Beweismittel ist hingegen ohne größeren Aufwand zu erlangen, sodass das gegen ihn gerichtete Verfahren weiterverfolgt und zur Anklage gebracht wird.

(2) Lösung

Da für die im Wesentlichen identischen Verfahren eine unterschiedliche Rechtsfolge (Anklageerhebung vs. Verfahrenseinstellung) getroffen wird, ist von einer Ungleichbehandlung auszugehen. Eine umgangssprachliche Beschreibung, die Anklage gegen *B* scheitere letzten Endes „am Geld", wäre durchaus sachlich zutreffend. Allerdings ist im Blick zu behalten, dass für diese Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund und damit eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gefunden werden können.[765] Die Einstellung des Verfahrens gegen *B* kann mit Blick auf die Notwendigkeit der Schonung staatlicher Ressourcen legitimiert werden.

In der Rechtsprechung des BVerfG werden an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung verschiedene Anforderungen gestellt, die von der Intensität und Bedeutsamkeit der Ungleichbehandlung abhängen.[766] So wird bei einer schwerwiegenden Ungleichbehandlung eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen, wohingegen sich die Prüfung in Fällen geringer Intensität im Ergebnis auf das Willkürverbot beschränkt.[767] Da hier die Differenzierung in erster Linie nicht an der Person des Beschuldigten,[768] sondern an der gegebenen Situation anknüpft, dem Beschuldigten durch die Ungleichbehandlung nicht die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten verwehrt wird[769] und er durch den Umstand, dass das gegen einen anderen Beschuldigten gerichtete Verfahren eingestellt wird, keinerlei Nachteile

---

765 Zu einer detaillierten Prüfung des Gleichheitssatzes *Kempny/Lämmle*, Jus 2020, 22 ff., 113 ff., 215 ff.

766 *Britz*, NJW 2014, 346 (347) m. w. N.

767 Das Willkürverbot wird mittlerweile als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes interpretiert, dazu *Britz*, NJW 2014, 364 (367): „Vom zweigeteilten Prüfungsmaßstab zur stufenlosen Maßstabsbildung". Dies dürfte eine Selbstverständlichkeit umschreiben, da eine willkürliche Differenzierung nicht verhältnismäßig sein kann.

768 Die Rechtfertigungsbedürftigkeit ist besonders hoch, wenn die Differenzierung eine Nähe zu den in Art. 3 III GG genannten Merkmale erkennen lässt, dazu *Kempny/Lämmle*, Jus 2020, 215 (216). Dies ist hier ersichtlich nicht der Fall.

769 Das gegen B gerichtete Ermittlungsverfahren, nicht jedoch die Ungleichbehandlung, verwehrt hier die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten. Anders ist dies beispielsweise bei dem aus dem Gewerberecht bekannten Problem einer Konkurrentenklage im Marktzulassungsverfahren. Im Übrigen zutreffend *Britz*, NJW 2014, 346 (349), die darauf hinweist, dass die Betroffenheit von Freiheitsrechten nur ein äußerst vages Kriterium sein kann, da im Grunde jede staatliche Maßnahme ein Freiheitsgrundrecht betrifft.

erleidet, wird man von einer Ungleichbehandlung geringer Intensität auszugehen haben, sodass eine Prüfung des Willkürverbots angezeigt ist. Zu belegen ist in der Konsequenz nur das Vorliegen eines sachlichen Grundes.[770] Ein solcher lässt sich wie gezeigt leicht finden und unterschiedlich benennen („Achtung der Haushaltsautonomie"; „Notwendigkeit der Erfüllung anderer Strafverfahren und Staatsaufgaben").[771] Zur Verwirklichung dieser Interessen kann im Bereich der Strafverfolgung nicht ohne die Berücksichtigung entstehender Kosten ausgekommen werden.

Hält man hingegen eine Prüfung des Gleichheitssatzes in Gestalt der Vornahme einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung für erforderlich, ergibt sich kein anderes Ergebnis, weil dem Zweck der Ungleichbehandlung in Form der auf das Demokratieprinzip zurückgehenden Wahrung der Haushaltsautonomie eine hohe Wertigkeit zu attestieren ist[772] und gewichtige Argumente, die zur Bejahung einer Unverhältnismäßigkeit der Differenzierung zwingen müssten, nicht vorliegen.

Dass man bei abgesehen vom Kostenaufwand identischen Sachverhalten zu unterschiedlichen Verfahrensabschlussentscheidungen gelangt, verletzt den Gleichbehandlungssatz aus Art. 3 I GG folglich nicht zwingend. Allerdings gibt auch die Prüfung des Gleichheitssatzes zu erkennen, dass nicht jeder Kostenmehraufwand automatisch einen sachlichen Differenzierungsgrund darstellt. Der Kostenmehraufwand muss erheblich sein, da als Differenzierungszweck nur die Budgeteinhaltung, nicht jedoch die durchgängige Verbilligung der Strafrechtspflegetätigkeit anzuerkennen ist.

bb) Unschuldsvermutung

Dass die Einstellung des Verfahrens auch in Bezug auf die für den Betroffenen (im Beispielsfall: B) streitenden Unschuldsvermutung[773] problematisch sein könnte, leuchtet unter einer pragmatischen Betrachtungsweise zunächst nicht ein, da es regelmäßig das Ziel des Beschuldigten sein wird, eine Anklageerhebung abzuwenden. Man könnte jedoch den Standpunkt einnehmen, die Einstellung konterkariere die Möglichkeit des Beschuldigten, seine Unschuld darzulegen und sich von dem in

---

770 *Kempny/Lämmle*, JuS 2020, 215 (217.): „Sachlich ist ein Grund dann, wenn erwartet werden kann, dass er einem vernünftigen Menschen einleuchtete oder dieser ihn wenigstens als Argument gelten ließe."

771 Entscheidend ist, dass sich diese Gründe auch auf die konkrete Regelung zurückführen lassen und die Ungleichbehandlung rechtfertigen, dazu *Britz*, NJW 2014, 346 (349). Dies ist im Fall der §§ 153 I, 153a I StPO zu bejahen, da diese Vorschriften auf die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung angelegt sind, indem sie darüber befinden, in welchen Fällen das Legalitätsprinzip einen Abbruch erfahren soll.

772 Auch in diesem Zusammenhang zeigt sich also, dass es durchaus einen Unterschied macht, ob man den entstehenden Kostenaufwand als Rechtsargument oder rein faktisches Argument sieht. Solange man den Kostenaufwand nur für eine faktische Gegebenheit ohne rechtliche Bedeutung hält, ist kaum einzusehen, warum der Kostenaufwand eine Ungleichbehandlung rechtlich rechtfertigen können sollte.

773 Dazu bereits oben 2. Teil D. VI. 2. b) aa).

die Welt gesetzten Vorwurf „reinzuwaschen“.[774] Es ist in der Rechtsprechung des BGH geklärt, dass ein dahingehender Anspruch nicht anzuerkennen ist.[775] Die Rechtsprechung des BGH überzeugt: Für den Beschuldigten besteht auch im Falle einer Verfahrenseinstellung weiterhin die Unschuldsvermutung. Insoweit gilt nichts anderes als für jeden gänzlich vom Verfahren nicht betroffenen Bürger. Der Vorwurf löst sich auf dem Wege der Verfahrenseinstellung in der Unschuldsvermutung auf, sodass der Beschuldigte in rechtlicher Hinsicht nicht zu mehr als der Unschuldsvermutung gelangen kann.[776]

3. Ergebnis

Bezüglich der Erwägungen im vorstehenden Abschnitt[777] ist damit erstens festzuhalten, dass die Berücksichtigung von Kostenerwägungen im Rahmen der Tatbestände der §§ 153 I, 153a I StPO unter Zugrundelegung anerkannter Auslegungsmethoden möglich und sachlich geboten ist. Zweitens stellen die Vorschriften unter Zugrundelegung der vorgeschlagenen Auslegung Eingriffe in das Legalitätsprinzip dar, die einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zugänglich sind. Sie erweisen sich als verhältnismäßig, wenn der Ressourcenaufwand nur in außergewöhnlichen Fällen auf die Verfahrenseinstellungsentscheidung Einfluss nimmt. Ob eine Einstellung unter der (Mit-) Berücksichtigung von Kostenerwägungen vorgenommen werden darf, bedarf der Einzelfallprüfung, wobei vom Rechtsanwender nicht mehr als eine grobe Vertretbarkeitskontrolle verlangt werden kann. Eine kostenberücksichtigende Auslegung der §§ 153 I, 153a I StPO verstößt auch nicht gegen weitere Verfassungsrechtssätze.

II. Beschränkungen des Legalitätsprinzips durch Begrenzung der Pflicht zur materiellen Wahrheitsfindung

Kostenerwägungen zulasten des Legalitätsprinzips sind vor allem, aber nicht ausschließlich, im Rahmen der Anwendung der Opportunitätsvorschriften gem. §§ 153 ff. StPO denkbar. Wie eingangs angedeutet, kennzeichnet sich die Praxis auch durch „Einstellungen“ durch die Polizei und den Umstand, dass gerade Verfahren im Bereich geringer Kriminalität nicht oder nicht unter der Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Mittel betrieben werden.[778] Da das bloße „Liegenlassen“ bestimmter Akten ebenso wie das „Abwimmeln“ der Bürger, die einen Sachverhalt zur Anzeige bringen wollen, keine denkbare Option ist,[779] müssen auch Verfahren,

[774] So *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 249.
[775] BGHSt 10, 88 (93); so im Ergebnis auch BVerfG, NStZ 1984, 228 (229).
[776] Anders als die herrschende Meinung *Vogler*, ZStW 89 (1977), 761 (785 f.) sowie *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 249.
[777] C. I.
[778] Dazu *Lorenzen*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 541 (556 f.).
[779] *Lorenzen*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 541 (544).

in denen vorhandene Ermittlungsmethoden nicht vollständig ausgeschöpft werden, einer rechtsförmigen Abschlussentscheidung zugeführt werden. Neben den Opportunitätseinstellungen gem. §§ 153 ff. StPO bietet sich dafür in erster Linie die Verfahrenseinstellung mangels hinreichenden Tatverdachts gem. § 170 II 1 StPO an, da diese Einstellungsart mit ungefähr 28, 5 % einen erheblichen Teil der durch die Staatsanwaltschaften erledigten Ermittlungsverfahren ausmacht.[780]

Ob auch im Rahmen der Verfahrenseinstellung gem. § 170 II 1 StPO der drohende Ressourcenaufwand eine Rolle spielen darf, ist des Weiteren eine Frage mit praktischem Bedeutungsgehalt, da insbesondere die Verfahrenseinstellung gem. § 153a I StPO die vorherige Ermittlung des Sachverhalts voraussetzt, wofür einige Autoren eine „Anklagereife" verlangen.[781] Auch im Rahmen des § 153 I StPO bedürfen einige grundsätzliche Gesichtspunkte zunächst der Ausermittlung. So kommt eine Verfahrenseinstellung gem. § 153 I StPO von vornherein nicht in Betracht, solange die Person des Beschuldigten unbekannt ist. Auch dann, wenn der Beschuldigte bekannt ist, wird man ohne die Erlangung grundlegender Sachverhaltsinformationen nicht zuverlässig über die Frage, ob die „Schuld des Täters als gering anzusehen wäre" entscheiden können. Es bleiben daher Konstellationen übrig, in denen die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes allenfalls in einer Verfahrenseinstellung gem. § 170 II 1 StPO münden könnte. Eingedenk des Faktums, dass nicht stets alle zur Verfügung stehenden Ermittlungsmethoden ausgeschöpft werden, dürfte es auch der Realität entsprechen, dass Fälle mit einem unvertretbar erscheinendem Ressourcenaufwand in einer Verfahrenseinstellung gem. § 170 II 1 StPO resultieren, mag dies auch in der Einstellungsentscheidung keinen Anklang finden. Steigt die polizeilich registrierte Fallbelastung, nimmt jedenfalls nicht nur die Quote der Verfahrenseinstellungen gem. § 153 ff. StPO zu, sondern auch die der Verfahrenseinstellungen gem. § 170 II 1 StPO. Es liegt daher nahe, dass in der Praxis auch die Verfahrenseinstellung gem. § 170 II 1 StPO zum Zwecke der Ressourcenschonung genutzt wird.[782]

Lenkt man das Augenmerk vom in der Praxis anzutreffenden Befund zurück auf das Gesetz, setzt in Anbetracht des Wortlauts des § 170 II 1 StPO („anderenfalls") eine Verfahrenseinstellung mangels hinreichenden Tatverdachts voraus, dass die durchgeführten Ermittlungen keinen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage gegeben haben (§ 170 I 1 StPO). Ob für diese Entscheidung die Berücksichtigung des staatlicherseits entstehenden Aufwandes ein kausaler Faktor sein darf, beantwortet sich in Zusammenschau des § 170 II 1 StPO mit § 170 I 1 StPO deshalb nach der Frage, ob und inwieweit der staatliche Ressourcenaufwand Einfluss auf die im Vorfeld stattgefundene Ermittlungstätigkeit nehmen durfte.

[780] Statistisches Bundesamt. Fachserie 10. Reihe. 2.6, S. 26, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260187004.pdf?__blob=publicationFile.

[781] *Deiters/Albrecht*, ZIS 12/2013, 483 (484); die „Durchermittlung" verlangen auch LR-StPO[26]/*Beulke*, § 153a Rn. 39 sowie AK-StPO/Schöch, § 153a Rn. 11.

[782] Zum Vorstehenden *Dittmann*, Wie funktioniert die Erledigung von Strafverfahren?, S. 279.

Diese Ermittlungstätigkeit erhält ihr Gepräge durch die Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden zur Ermittlung der materiellen Wahrheit. Werden zur Verfügung stehende Ermittlungsmethoden nicht in Gänze ausgeschöpft, bedeutet dies folglich stets, dass partiell von der Ermittlung der materiellen Wahrheit abgelassen wird.

Die Legitimität der Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes im Rahmen der Ermittlungstätigkeit hängt somit von der Überlegung ab, ob sich ein entsprechender Zusammenhang mit dem Begriff der materiellen Wahrheit beziehungsweise zur Wahrheitsermittlung als staatlicher Pflicht herstellen lässt.

1. Der Begriff der materiellen Wahrheit im Strafprozessrecht

Der Begriff der materiellen Wahrheit prägt zwar unumstritten das deutsche Strafverfahrensrecht.[783] Bezüglich der inhaltlichen Ausformung besteht jedoch erheblicher Streit.[784] Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass es um die Ermittlung desjenigen Sachverhalts geht, den das Gericht am Ende für wahr und damit tatsächlich geschehen erkennen wird.[785] Eingeengt wird die Wahrheitsfindung neben rein faktischen Problemen im Rahmen der Sachverhaltsermittlung durch rechtsstaatliche Garantien wie die Beweiserhebungs- und Verwertungsverbote,[786] die sich mit dem Credo „keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis" zusammenfassen lassen. Da ein unverhältnismäßiger Einsatz finanzieller Mittel im Rahmen der Wahrheitsfindung die Erfüllung anderer Staatsaufgaben in Zweifel stellt, kann man die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes ebenfalls als ein rechtsstaatliches Gebot verstehen. Solche faktischen und rechtlichen Einengungen betreffen aber nicht den Inhalt des Begriffs der materiellen Wahrheit, sondern befinden über die Frage, ob die materielle Wahrheit aufgeklärt werden darf und muss.

Rechtliche Relativierungen ergeben sich weiterhin durch solche rechtsstaatlichen Garantien, aufgrund derer den Verfahrensbeteiligten Rechte bei der Mitwirkung der Sachverhaltsermittlung zu gewähren sind.[787] Die Mitwirkungsrechte des Beschuldigten rechtfertigen aber nicht die Annahme, das materielle Wahrheitsverständnis im Strafprozessrecht dürfe als von den Beteiligten geschaffene Rekonstruk-

---

783 KK-StPO⁸/Fischer, Einleitung Rn. 12 m. w. N.

784 Das BVerfG vertritt im Kern einen strengen objektiven Wahrheitsbegriff, indem es betont, die Ermittlung der materiellen Wahrheit sei Grundvoraussetzung zur Durchsetzung von Gerechtigkeit, so etwa BVerfGE 36, 174 (186); 77, 65 (76); 107, 299 (316).

785 *Theile*, NStZ 2012, 666 (666 f.).

786 Vgl. grundlegend dazu das Gutachten von *Jahn*, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus (Gutachten DJT), 2008, C. S. 23 ff.; zu „verfassungsrechtlichen" Beweisverboten *Gössel*, GA 1991, 483, (500 ff.).

787 Gerade im Ermittlungsverfahren sind aber Mitwirkungsrechte des Beschuldigten nur rudimentär ausgeprägt, was sich zwangsläufig aus der inquisitorischen Grundausrichtung dieses Verfahrensabschnitts ergibt, zutreffend *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., Rn. 175.

tion verstanden werden.[788] Von einer Rekonstruktion darf nur dergestalt gesprochen werden, als eine objektiv, transzendental verstandene Wahrheit nicht herzustellen ist. Diese in der faktischen Natur der Wahrheitsfindung angelegte Beschränkung eröffnet einer Einigung der Verfahrensbeteiligten auf einen bestimmten Sachverhalt kein Forum. Die Möglichkeit, bestimmte Tatsachen unstreitig zu stellen, ist dem Strafprozessrecht fremd.[789] Dies wird schon daran deutlich, dass ein Geständnis des Angeklagten das Gericht nicht von der eigenständigen Überzeugungsbildung entbindet.[790] Auch die Staatsanwaltschaft darf keinen hinreichenden Tatverdacht bejahen, ohne die Glaubhaftigkeit der geständigen Einlassung hinterfragt zu haben.[791] In Anbetracht dessen erscheint die Einordnung der strafprozessualen Wahrheit als eine „konsensuale" Wahrheit missverständlich.[792] Der strafprozessuale Wahrheitsbegriff ist als solcher unbedingter Natur und kann deshalb mit dem entstehenden Ressourcenaufwand nicht sinnvoll in Zusammenhang gebracht werden. Was die Sachverhaltsermittlung kostet, ist für den inhaltlichen Begriff der materiellen Wahrheit ohne Belang. Ein Sachverhaltsaspekt, der nur unter unvernünftigem Kostenaufwand aufgeklärt werden kann, fällt daher nicht aus dem materiellen Wahrheitsbegriff heraus.

2. Reichweite der Rechtspflicht zur Sachverhaltsaufklärung nach strafprozessrechtlichem Verständnis

Kostenerwägungen betreffen vielmehr die Frage, wie weit beziehungsweise mit welchen Mühen der Weg zur Ermittlung der Wahrheit beschritten werden muss. Sinnvoll kann daher nur eine Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes im Rahmen der Bestimmung der Reichweite der den Staatsanwaltschaften obliegenden Rechtspflicht sein. Problematisch erscheint das partielle Ablassen von der Wahrheitsermittlung zunächst, da ein enger Zusammenhang zum Legalitätsprinzip als gesetzlich angeordnetem Verfolgungszwang besteht. Das Legalitätsprinzip kommt ohne eine gleichzeitige Verpflichtung der Behörden zur Ermittlung der materiellen Wahrheit nicht aus;[793] so lässt sich etwa an § 160 I, II StPO erkennen, dass die Pflicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit als Konkretisierung des Verfolgungszwangs zu deuten ist.[794]

788 Dafür plädierend hingegen *Theile*, NStZ 2012, 666 (670 f.); zutreffend hingegen *Landau*, NStZ 2014, 425 (428).

789 KK-StPO[8]/Fischer, Einleitung Rn. 12.

790 BGH, NStZ 2014, 170; 2016, 489; für das verständigungsbasierte Geständnis gilt wegen § 257c I 2 StPO nichts anderes, siehe BVerfG, NJW 2013, 1058 (1063).

791 LR-StPO[26]/*Erb*, § 160 Rn. 50.

792 So aber *Theile*, NStZ 2012, 666 (668); ähnlich *Weßlau*, StraFo 2007, 1 (3 f.); dies wie hier ablehnend LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 1.

793 Ähnlich *Dahs*, NJW 1974, 1538 (1539); *Rieß*, ZRP 1977, 67 (71).

794 KK-StPO[8]/Griesbaum § 160 Rn. 3

Wie das Legalitätsprinzip als solches keine Bedingungen in sich aufnimmt, ist auch die Wahrheitsermittlungspflicht als Voraussetzung des Anklagezwangs zunächst unbedingter Natur. Dies zeigt sich etwa an dem Wortlaut des § 160 StPO, der zur Ermittlung der Wahrheit auffordert, dabei aber abgesehen von der selbstverständlichen Regelung des § 160 III 1 StPO auf die Nennung von Grenzen oder Ausnahmen verzichtet. Da die Ermittlungen die Abschlussentscheidungen vorbereiten, müssen die Tatsachen ermittelt werden, die für die Bejahung des hinreichenden Tatverdachts relevant sind.[795] Der in § 170 I vorausgesetzte und in § 203 StPO ausdrücklich genannte Begriff des hinreichenden Tatverdachts ist anzunehmen, wenn nach vorläufiger Tatbewertung die Verurteilung in einer Hauptverhandlung mit vollgültigen Beweisen wahrscheinlich ist.[796] Dass die Beantwortung dieser Frage mit Ungewissheiten behaftet ist, liegt aufgrund der Rechtsnatur als unbestimmter Rechtsbegriff[797] auf der Hand. Ob eine hinreichende Verurteilungswahrscheinlichkeit vorliegt, bestimmt sich aber nicht vom zu erwartenden Ermittlungsaufwand und damit einhergehenden Kosten, sodass für prozessökonomische Erwägungen kein normativer Anknüpfungspunkt besteht.[798] Mit Blick auf die genannten Vorschriften erscheint deshalb die Annahme, gemäß der gesetzlichen Konzeption dürften abseits einer Opportunitätseinstellung ein Unterlassen der Sachverhaltsaufklärung aus Kostengründen und damit ein Absehen von Strafverfolgung nicht vorkommen, schlüssig.[799] Unterstützung erhält diese These durch die Rechtsprechung des BGH, in der geklärt ist, dass der In-dubio-pro-reo Grundsatz nicht angewendet werden darf, solange ein geeignetes Beweismittel zur Verfügung steht.[800] Darüber hinaus hat das BVerfG die Aussage getroffen, der endgültige Verzicht auf die Realisierung des Strafanspruchs sei durch die Verfassung untersagt.[801] Überträgt man insbesondere die Aussage des BGH auf das Ermittlungsverfahren, dürften Abstufungen bei der Ermittlungsintensität aus Kostengründen nicht in Kauf genommen werden. Dass dies nicht ansatzweise der Praxis entsprechen kann, ist offensichtlich.[802]

---

[795] BeckOK-StPO[39]/Sackreuther, § 160 Rn. 13.

[796] KK-StPO[8]/Schneider, § 203 Rn. 3.

[797] BVerfG, NStZ 2002, 606.

[798] *Dittmann*, Wie funktioniert die Erledigung von Strafverfahren?, S. 84: „De jure wird der Staatsanwaltschaft bei unzureichendem Tatverdacht kein Ermessensspielraum eingeräumt. Prozessökonomische Gründe dürften aus normativer Sicht demnach keine Rolle spielen."

[799] So wohl *Nestler*, JA 2012, 88 (90).

[800] BGHSt 13, 326 (328).

[801] BVerfGE 46, 214 (223). Der Zusammenhang war jedoch ein gänzlich anderer. Es ging um die Strafvollstreckung gegen einen nach einer erpresserischer Geiselnahme freigelassenen Straftäter.

[802] Dazu etwa *Dölling*, BKA-Forschungsreihe, Erster Halbband 1987, S. 126 ff., 258 ff., abrufbar unter https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Publikationsreihen/BkaForschungsreiheSonderbaende/3_26_PolizeilicheErmittlungstaetigkeitUndLegalitaetsprinzipErsterHalbband.html; zur teilweise rechtsmissbräuchlichen Praxis *Lorenzen*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 541 (544 f.) m. w. N.

Immerhin wird in der Literatur durchaus der Versuch unternommen, Argumente aus dem Gesetz zu entwickeln, die eine Abstufung der Ermittlungsintensität nach der Schwere des Delikts als zulässig erscheinen lassen. So wird etwa auf die Existenz der §§ 153 ff. StPO und jene Eingriffsermächtigungen, die auf eine bestimmte Tatschwere abstellen, hingewiesen.[803] Solche Erwägungen sind aber zumindest nicht hinreichend, um die Zulässigkeit der Abstufung der Ermittlungsintensität gänzlich zu plausibilisieren. Eingriffsermächtigungen, die sich an der Tatschwere orientieren, tragen in erster Linie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und damit dem Grundrechtsschutz Rechnung.[804] Dass in diesem Zusammenhang die Ermittlungsintensität abnimmt, ist als bloßer Reflex zu begreifen und legitimiert nicht die geringe Ermittlungsintensität im Bereich der Bagatellkriminalität. Der Verweis auf die §§ 153 ff. StPO erklärt die Verfahrensweise der Praxis ebenfalls nur teilweise, da beispielsweise § 153a I StPO die Ausermittlung wesentlicher Gesichtspunkte voraussetzt, sodass die Ermittlungsintensität durch diese Vorschrift zumindest in der Theorie kaum herabgesenkt wird. Darüber hinaus können die §§ 153 ff. StPO keine Antwort für die nunmehr im Fokus stehende Konstellation liefern, in denen keine Verfahrenseinstellung gemäß einer Opportunitätsvorschrift erfolgt und die Sachverhaltsermittlung gleichwohl aufgrund eines unvertretbar erscheinenden Kostenaufwandes unterbleibt.

3. Rechtfertigung von Einschränkungen der Wahrheitsermittlungspflicht durch Kostenerwägungen

Auf Grundlage dieses Befundes ist ersichtlich, dass eine Rechtfertigung der Beschränkung der Wahrheitsermittlungspflicht aus Kostengründen abseits des bloßen Hinweises auf nicht zu leugnende Notwendigkeiten außerhalb einer Opportunitätsvorschrift ausgesprochen schwerfällt: Opportunitätsregeln finden ihre ausdrückliche Funktion in der Begrenzung des Legalitätsprinzips[805] und enthalten unbestimmte Rechtsbegriffe, wohingegen im Rahmen einer Verfahrenseinstellung aufgrund mangelnden Tatverdachts unbestimmte Rechtsbegriffe, die für eine Kostenberücksichtigung auslegungsoffen sind, fehlen.[806] Insbesondere kann ein hinreichender Tatverdacht, das heißt eine Beweislage, bei der die spätere Verurteilung als wahrscheinlich erscheint, nur zu bejahen oder zu verneinen sein.[807] Kostenerwägungen können hier nicht ohne ein Überstrapazieren des Wortlauts berücksichtigt werden. Begrenzungen der Wahrheitsermittlungspflicht abseits der Nichtverfolgungsermächtigungen

---

[803] LR-StPO[26]/*Erb* § 160 Rn. 44.

[804] Siehe etwa BVerfG, NJW 2012, 833 (836).

[805] *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 3; *Kelker*, ZStW 118 (2006), 389 (402); LR-StPO[26]/*Beulke*, § 152 Rn. 39.

[806] Vielmehr findet sich hier der Hinweis, aufgrund rein fiskalischer Erwägungen dürfe das Legalitätsprinzip keinen Schaden erleiden, KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 4.

[807] KK-StPO[8]/Moldenhauer, § 170 Rn. 4: „kein Ermessen“.

finden somit im Strafprozessrecht keinen direkten Anknüpfungspunkt[808] und können daher allenfalls aus übergeordneten Erwägungen hergeleitet werden. Diesbezüglich muss man klären, wie weit die verfassungsrechtlich gebotene Pflicht zur Wahrheitsermittlung reicht.

a) Verfassungsrechtliche Reichweite der Wahrheitsermittlungspflicht

Dass Einschränkungen an der Konzeption der StPO als einfaches Fachrecht notwendig sind, erscheint nicht weniger als zwingend, da ein absolut verstandener Normbefehl in der Praxis nicht handhabbar ist. So dürfte auch mit einer wesentlich besseren finanziellen Ausstattung nicht daran zu denken sein, einen Diebstahl mit der gleichen Intensität wie einen Mord zu verfolgen. Dass verfassungsrechtliche Erwägungen hier einen Anknüpfungspunkt liefern,[809] kann erneut auf den Umstand gestützt werden, dass das Strafprozessrecht „angewandtes Verfassungsrecht“[810] darstellt. Die verfassungsrechtliche Bedeutung der strafprozessualen Wahrheitsermittlungspflicht zeigt sich gerade in der Judikatur des BVerfG, wenn dort die Erforschung der materiellen Wahrheit als Grundbedingung zur Verwirklichung von Gerechtigkeit verstanden wird.[811] Aufgrund dieser aus dem Rechtstaatsprinzip hergeleiteten Vorgabe[812] kann nach deutschem Verständnis nur ein auf die Findung der materiellen Wahrheit konzentriertes Strafprozessrecht der Verfassung entsprechen.[813] Diese Fundierung im Rechtsstaatsprinzip betont die Bedeutung der Wahrheitsermittlungspflicht, zeigt allerdings gleichermaßen ihre Begrenzungen auf: Da die Wahrheitsermittlungspflicht als verfassungsrechtliche Notwendigkeit zu begreifen ist, tritt sie zwangsläufig zu anderen verfassungsrechtlichen Belangen in Kollision und darf demnach nicht als abwägungsfeste Kategorie interpretiert werden. Dies zeigt sich bekanntermaßen an der Erkenntnis, dass es mit Blick auf einen hinreichend zu gewährleistenden Grundrechtsschutz keine „Wahrheitsfindung um jeden Preis“ geben darf. Ein die Grundrechte des Betroffenen vernachlässigendes Verfahren steht der Verwirklichung von Gerechtigkeit entgegen.[814] Diese Erkenntnis ist dahingehend zu verallgemeinern, dass generell andere Interessen von Verfassungsrang durch die Wahrheitsfindung nicht über Gebühr konterkariert werden dürfen.

Bietet also der Wortlaut des § 170 II 1 StPO keinen ausdrücklichen Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes, ergibt sich gleichwohl, dass eine gewisse Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes verfassungsrechtlich unerlässlich ist. Alleine das Bestehen der Opportunitätseinstellungen gem.

808 Zutreffend *Nestler*, JA 2012, 88 (91).
809 Ähnlich *Maiazza*, Opportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren, S. 81 f.
810 Begriff übernommen von *Eschelbach/Gieg/Schulz*, NStZ 2000, 565.
811 BVerfGE 77, 65 (76).
812 Es handelt sich um ein Subprinzip des Rechtsstaatsprinzips. Zutreffend *Patz*, Effektivität der Strafrechtspflege, S. 39 f.
813 So zum Legalitätsprinzip KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 3.
814 *Kahlo*, KritV 1997, 183.

§§ 153 ff. StPO macht nicht die Notwendigkeit zur Staffelung der Ermittlungsintensität obsolet, da die Verfahren so zahlreich sind, dass ohne eine Abstufung der Ermittlungsintensität nach der Tatschwere die Bewältigung aller anfallenden Verfahren mithilfe der vorhandenen finanziellen Mittel nicht möglich wäre.[815]

Der einfache Gesetzgeber mag von einer strafprozessualen Norm, die Wirtschaftlichkeitserwägungen ausdrücklich zulässt, absehen. Die Kostenberücksichtigung bleibt bei der staatlichen Strafverfolgungstätigkeit durchgängig aufgrund der Notwendigkeit der Erfüllung weiterer öffentlicher Aufgaben zwingend, sodass die strafprozessuale Wahrheitsermittlungspflicht auch außerhalb der Opportunitätseinstellungen aus verfassungsrechtlichen Restriktionen nicht ausbrechen kann. Gibt der finanzielle Rahmen die Ausermittlung von Sachverhalten, in denen lediglich die Begehung von Bagatellkriminalität im Raum steht, mit hoher Ermittlungsintensität nicht her, muss die Sachverhaltserforschungspflicht ein Ende finden. Oft wird dann die Einstellung gem. § 170 II 1 StPO die einzig verbleibende Möglichkeit sein, einen der Rechtsförmigkeit genügenden Verfahrensabschluss zu gewährleisten. Positiv kann man aber auch formulieren, dass eine solche Handhabung des § 170 II 1 StPO mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz überzeugt, weil auf diesem Wege eine unzulässige „Einstellung durch die Polizei“[816] eher vermieden wird. Vor allem wird nur auf diesem Wege sichergestellt, dass die vom Gesetzgeber bereitgestellten Mittel in dem von ihm vorgesehenen Umfang zum Einsatz kommen.

b) Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung

In Fortsetzung dieser Überlegung stellt sich die Frage, welchen Anforderungen eine Verfahrensweise, die sich auf die Verfolgung schwerer Kriminalität konzentriert und Delikte im Bereich geringerer Kriminalität zum Teil sogar gänzlich unbearbeitet lässt,[817] in verfassungsrechtlicher Hinsicht genügen muss. Das kann analog zu den obigen Ausführungen nur in Hinblick auf die Intensität der Verkürzung, die die Wahrheitsermittlungspflicht erfährt, beantwortet werden. So wurden Einschränkungen des Legalitätsprinzips durch Opportunitätsvorschriften als Eingriffe in ein verfassungsrechtliches Postulat charakterisiert.[818] Die Rechtfertigung bedurfte daher eines den Eingriff konkretisierenden Gesetzes, das insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen hatte. Stellt man bezüglich der Verfahrenseinstellung mangels hinreichenden Tatverdachts identische Anforderungen, müsste die Rechtfertigungsprüfung von vornherein scheitern, da § 170 II 1 StPO nicht dahingehend ausgelegt werden kann, dass diese Vorschrift die Einstellung des Verfahrens aufgrund eines unvertretbar erscheinenden Ressourcenaufwandes erlaubt.

---

815 Ähnlich *Nestler*, JA 2012, 88 (91).

816 Dazu *Lorenzen*, in: FS Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 541 (544).

817 *Roxin/Schünemann*, Strafprozessordnung, 29. Aufl., § 14 Rn. 5 gehen im Bereich mittlerer und geringer Kriminalität von einem faktischen Opportunitätsprinzip aus; *Eser*, ZStW 104 (1992), 361 (369 f.) spricht in solchen Bereichen vom Legalitätsprinzip als Ausnahme.

818 Ebenso *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (137).

Die in der Literatur vertretene These, eine an sich mögliche Sachverhaltserforschung dürfe aufgrund eines entgegenstehenden Kostenaufwandes nicht unterbleiben,[819] wäre dann mangels verfassungsrechtlicher Legitimation für zutreffend zu befinden.

Geklärt werden muss folglich, ob sich zwischen dem Fall, in dem ein Ermittlungsverfahren nach einer Opportunitätsvorschrift eingestellt wird, und dem Fall, in dem die Sachverhaltsermittlung aus Kostengründen verkürzt wird und in einer Verfahrenseinstellung gem. § 170 II 1 StPO mündet, ein derart substanzieller Unterschied auftut, kraft dessen die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes im Rahmen des § 170 II 1 StPO keiner ausdrücklichen Norm bedarf.

Einen grundsätzlichen Unterschied wird man zunächst darin zu sehen haben, dass nach der Idee des Gesetzgebers bei den §§ 153 ff. StPO von der Anklageerhebung abgesehen wird, obwohl ein ansatzweise ausermittelter Sachverhalt vorliegt. Dies gilt nicht ausschließlich für § 153a I StPO, sondern auch für § 153 I StPO. Wie eingangs angedeutet, müssen auch bei der letzteren Norm mit Blick auf die gesetzliche Formulierung wesentliche Aspekte des Sachverhalts bekannt sein,[820] da ohne diese Kenntnis weder das öffentliche Interesse und noch weniger die etwaig entgegenstehende Schuld sinnvoll geprüft werden können. Insbesondere verbindet alle Opportunitätsregelungen, dass sich das Verfahren gegen einen konkreten Beschuldigten richtet. Ein erheblicher Anteil der anfallenden Verfahren gelangt daher nicht in ein Stadium, in dem von den §§ 153 ff. StPO Gebrauch gemacht werden könnte. Liegt hingegen eine konkrete Verdachtslage, möglicherweise gar ein hinreichender Tatverdacht bezüglich einer strafbaren Handlung eines konkreten Beschuldigten vor, ist im Grundsatz schwer einzusehen, warum dieser nicht zur Anklage gebracht werden soll. Soll die Anklageerhebung gleichwohl zugunsten einer Opportunitätseinstellung unterbleiben, kann dies nur als eine nachträgliche und zielgerichtete Beschränkung des Legalitätsprinzips zu werten sein, sodass dann die Regeln zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs zur Anwendung kommen müssen.[821] Bei dieser Sachlage wird in erster Linie der Anklagezwang unterbunden, wohingegen die Verkürzung der Wahrheitsermittlungspflicht eher als Reflex dessen zu deuten ist.

Soll hingegen das Verfahren nach § 170 II 1 StPO eingestellt werden, weil beispielsweise in einem Bagatellfall bereits die Ermittlung eines Beschuldigten unverhältnismäßige Kosten verursacht, ist es der Anklagezwang als Teilausprägung des Legalitätsprinzips, der erst im zweiten Glied betroffen ist. In solchen Fallkonstellationen sollte daher ein partielles Absehen von Strafverfolgung nicht als Eingriff in das Legalitätsprinzip, sondern als dessen Begrenzung unterhalb der Eingriffsschwelle begriffen werden. Mangels Vorliegens eines echten Eingriffs bedarf es dann zur Rechtfertigung keines formellen Gesetzes. Die Unterlassung von Strafverfolgungs-

---

819 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 284.

820 Nicht erforderlich ist jedoch, dass die Ermittlungen abgeschlossen sind, dazu *Eser*, in: FS Maurach, 257 (258).

821 So im Ergebnis wohl auch *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (137).

tätigkeit aufgrund eines unvertretbaren Ressourcenaufwandes kann nach diesen Grundsätzen auch außerhalb der Anwendung einer Opportunitätsregelung erlaubt sein und in einer Verfahrenseinstellung gem. § 170 II 1 StPO resultieren.

c) Kostenerwägungen als systematische Grenze der Sachverhaltsermittlungspflicht

Aus der Klassifizierung als Begrenzung unterhalb der Eingriffsschwelle folgt gleichwohl nicht, dass bezüglich der strafprozessualen Sachverhaltsermittlungspflicht im Bereich der Verfahrenseinstellung gem. § 170 II 1 StPO konturlose Begrenzungen aus Kostengründen möglich wären. Eine Begrenzung der Pflicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit als eines aus der Verfassung folgenden Prinzips kann nur auf dem Wege eines verhältnismäßigen Ausgleichs mit anderen Verfassungsgütern erfolgen.[822] Auch wenn ein einschränkendes Gesetz an dieser Stelle nicht erforderlich ist, bleibt es bei der Ausgangslage, dass einerseits die Wahrheitsermittlung möglichst optimal zur Geltung kommen muss und andererseits die Strafverfolgungstätigkeit im einzelnen Verfahren nicht derart ausgeprägt erfolgen darf, dass bedeutendere Verfahren nicht mehr bewältigt werden können oder das vorgesehene Budget zulasten der Erfüllung anderer Staatsaufgaben gesprengt würde.

Hinsichtlich der konkreten Reichweite des Kostenaufwandes als Argument ist zu beachten, dass es erst durch eine verfassungskonforme Lesart des § 170 II 1 StPO entschlüsselt werden konnte. Im Rahmen der Verfahrenseinstellung mangels hinreichenden Tatverdachts fehlt nicht nur eine Norm, die Kostenerwägungen ausdrücklich zulässt, sondern auch eine Norm mit einem unbestimmten Rechtsbegriff, der in diese Richtung ausgelegt werden könnte. Es würde deshalb gerade an dieser Stelle erkennbar den Willen des Gesetzgebers missachten, wenn der Kostenaufwand mehr Berücksichtigung finden würde, als es zur Einhaltung des zur Verfügung stehenden Budgets unbedingt notwendig ist. Daher muss mindestens im gleichen Maße wie bei den §§ 153 I, 153a I StPO gelten, dass das Argument nur in Ausnahmefällen eingreifen und nicht als durchgängiger Beweggrund fehlinterpretiert werden darf. Dem die Ermittlungen leitenden Staatsanwalt muss sich mit anderen Worten das Missverhältnis des Kostenaufwands zur Bedeutung der Sache offensichtlich aufdrängen.

4. Ergebnis

Die Einbeziehung der verfassungsrechtlichen Perspektive offenbart, dass die Pflicht der Strafverfolgungsbehörden zur Sachverhaltsermittlung auch außerhalb der §§ 153 ff. StPO endet, wenn sie mit einem schlechthin unvertretbaren Kostenaufwand einhergeht. Da an entsprechenden Stellen keine Pflichtigkeit des Staates zur Aufklärung besteht, werden auch der Anklagezwang und damit das Legalitätsprinzip nicht vereitelt. Liegt ein solcher Fall vor, kann eine der Justizförmigkeit genügende Einstellung nach § 170 II 1 StPO vorgenommen werden. Eine kosten-

822 Zutreffend zum Legalitätsprinzip *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129 (134).

blind agierende Strafrechtspflege ist auch außerhalb der Opportunitätseinstellungen nicht zu akzeptieren, da eine solche Vorgehensweise zwingende verfassungsrechtliche Forderungen außer Acht lässt. Es ist somit nicht automatisch illegitim, die Ermittlungsintensität an der Bedeutung der Sache auszurichten und dabei auch den entstehenden Kostenaufwand zu berücksichtigen.[823]

Als eine Selbstverständlichkeit ist es schließlich anzusehen, dass eine Kostenerwägung, welche die Sachverhaltsaufklärung verkürzt, stets nur in einer Verfahrenseinstellung münden darf. Dass ein möglicherweise entlastendes Beweismittel aus Kostengründen nicht bemüht wird und auf diesem Wege eine Anklageerhebung erfolgt, ist nicht mit dem Wortlaut des § 170 I StPO vereinbar, da dann die Feststellung über den „genügenden Anlass“ noch nicht getroffen werden darf. Eine solche Vorgehensweise ist auch mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip als rechtswidrig zu deklarieren, da dem Beschuldigten namentlich in Form des fair-trial-Grundsatzes ein subjektives Recht zur Verfügung steht,[824] das verletzt wird, wenn eine Anklageerhebung auf unzureichender Tatsachenbasis erfolgt.

---

823 Anders *Nestler*, JA 2012, 88 (95): „fehlende rechtliche Bedeutung fiskalischer Aspekte in einem Strafverfahren“.

824 BVerfG, NJW 2004, 141 (145).

4. Teil: Kostenerwägungen im Hauptverfahren

A. Einleitung

Um die Bedeutung des Kostenarguments auf der strafprozessualen Rechtsanwendungsebenen beurteilen zu können, muss auch die Frage, ob Kostenerwägungen im Hauptverfahren eine identische Bedeutung wie im Ermittlungsverfahren zukommt, beantwortet werden. Zu diesem Zweck sollen im Folgenden ausgewählte Konstellationen des Hauptverfahrens in den Blick genommen werden, in denen eine Berücksichtigung des Kostenaufwandes möglich erscheint (B. bis G.).

Dass Kostenerwägungen nicht ausschließlich auf das Ermittlungsverfahren begrenzt sein können, liegt auf der Hand, da sich insbesondere das Prinzip der materiellen Wahrheit gem. §§ 160 I, II, 163 I 1, 244 II StPO auf das gesamte Erkenntnisverfahren erstreckt,[825] sodass auch fortlaufend die Frage im Raum steht, inwieweit hieran Abstriche hinzunehmen sind. Folglich sind die Ausgangsideen der bisher gefundenen Erkenntnisse auf das Hauptverfahren übertragbar. Eindeutig ist dies bezüglich der zu §§ 153 I, 153a I StPO gefundenen Erkenntnisse, da §§ 153 II 1 StPO und § 153a II 1 StPO auch nach Erhebung der Anklage die Einstellung durch das Gericht erlauben.[826]

[825] KK-StPO[8]/Fischer, Einleitung Rn. 12, wonach das Prinzip der materiellen Wahrheit für den gesamten deutschen Strafprozess gilt.

[826] Sind die Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen auch noch im Hauptverfahren möglich, bleiben sie doch vor allem Handlungsinstrumente des Staatsanwalts. Eindrücklich zur Handhabung in der Praxis Meyer-Goßner, ZRP 2000, 345 (350): „Der Richter stimmt der vom Staatsanwalt beantragten Einstellung des Ermittlungsverfahrens in der Praxis stets zu, denn er ist an dem Verfahren sonst nicht beteiligt und daher auch nicht interessiert.“

Bedenken an einer vollständig identischen Bedeutung des Kostenarguments werden hingegen durch den Umstand geweckt, dass im Hauptverfahren in Form der Unerreichbarkeit eines Beweismittels gem. § 244 III 3 Nr. 5 StPO eine Spezialkonstellation existiert, in der das Unterlassen der partiellen Sachverhaltsermittlung potenziell zulasten des Angeklagten gehen kann. Ließe sich im Auslegungsverständnis dieser Norm eine Kostenerwägung sinnvoll unterbringen, bedeutete dies einen teilweisen Widerspruch zu den für das Ermittlungsverfahren gefundenen Ergebnissen. Diesbezüglich hat sich gezeigt, dass Kostenerwägungen zwar sowohl zulasten der Rechte des Beschuldigten[827] als auch zulasten des Strafverfolgungsinteresses gehen können und die Inkaufnahme der entstehenden Nachteile im Falle des Vorliegens bestimmter Umstände auch der Legitimation zugänglich sind. Abstriche bei der Sachverhaltsermittlung aus Kostenerwägungen wurden jedoch unter der Prämisse vorgenommen, dass sich diese stets zugunsten der Beschuldigtenrechte auswirken müssen. Dies wird nur gewährleistet, indem die Kostenerwägung jeweils unmittelbar Eingang in die verfahrensabschließende Entscheidung findet.[828] Folgt man der hier vertretenen Auffassung, können die Verfahrenseinstellungen gem. §§ 153 I, 153a I StPO und § 170 II StPO von einer Kostenerwägung zumindest mitgetragen sein. Soll eine Kostenerwägung berücksichtigt werden, muss es aber auch zur Einstellung des Verfahrens kommen, da anderenfalls der hinreichende Tatverdacht nicht korrekt bejaht werden kann.[829]

Bei der Unerreichbarkeit eines Beweismittels gem. § 244 III 3 Nr. 5 StPO gestaltet sich die Situation hingegen anders: Nach dieser Vorschrift wird nur ein bestimmter Beweisantrag abgelehnt, wobei die übrige Beweiserhebung und damit die insgesamte Fortführung des Prozesses gegen den Angeklagten unberührt bleiben. Die Anwendung der Vorschrift bringt also die Gefahr mit sich, dass die Sachverhaltsermittlung zuungunsten des Angeklagten verkürzt wird. Da dann aus § 244 III 3 Nr. 5 StPO ein wesensmäßiger Unterschied hergeleitet werden könnte, bietet sich als erstes die Klärung der Frage an, ob diese Vorschrift die Berücksichtigung des Kostenaufwandes tatsächlich zulässt.

[827] Gemeint damit ist, dass nicht immer die Ermittlungsmaßnahme ergriffen werden muss, die für den Beschuldigten das mildeste Mittel bedeutet.

[828] Als rechtlich unproblematisch ist es selbstverständlich anzusehen, wenn eine Kostenerwägung dazu führt, dass die den hinreichenden Tatverdacht begründenden Umstände mit kostengünstigeren Mitteln ermittelt werden können. Siehe hierzu schon die Ausführungen unter 2. Teil B. III. 2. c) bb) (2) (b).

[829] Siehe oben 3. Teil C. II. 4.

B. § 244 III 3 Nr. 5 StPO: Relative Unerreichbarkeit eines Beweismittels

§ 244 III 3 Nr. 5 StPO ist ein für alle Beweismittel geltender Ablehnungsgrund,[830] wobei die Unerreichbarkeit eines Zeugen der in der Praxis am häufigsten anzutreffende Fall ist[831] und auch für die hiesige Thematik den höchsten Bedeutungsgehalt vermuten lässt. Die zur Unerreichbarkeit eines Zeugen einschlägige Rechtsprechung lässt sich anhand der Frage, ob der Zeuge gänzlich unbekannt ist oder lediglich sein Aufenthaltsort bekannt oder unbekannt ist, systematisieren.[832]

I. Definition der Unerreichbarkeit

Unerreichbar ist ein Zeuge, wenn das Gericht dem Aufklärungsgebot genügende Bemühungen entfaltet hat und keine begründete Aussicht besteht, dass vertretbare Anstrengungen zum Erscheinen des Zeugen in der Hauptverhandlung führen werden.[833] Welche Bemühungen erforderlich sind, ist im Rahmen einer Abwägung festzustellen, wobei die Bedeutung der Sache und die Relevanz der Zeugenaussage für die Wahrheitsfindung dem Interesse an einer zügigen Durchführung des Verfahrens sowie den Erfolgschancen weiterer Bemühungen gegenübergestellt werden sollen.[834] Die Definition der Unerreichbarkeit läuft damit auf eine Gesamtabwägung hinaus, kraft derer vom sonst geltenden Verbot der Beweisantizipation eine Ausnahme eröffnet wird.[835] Diese Gesamtabwägung könnte Kostenerwägungen möglicherweise ein Einfallstor schaffen, denn das „Interesse an einer zügigen Durchführung des Verfahrens" erschöpft sich nicht zwingend in der Überlegung, dass sich die Strafzwecke mit einem zunehmenden zeitlichen Abstand zur Tat schlechter realisieren lassen.[836] Interessen an der zügigen Durchführung des Verfahrens sind vielmehr leicht vielgestaltig formulierbar und zielen auch auf Aspekte ab, die nicht originär das einschlägige Verfahren betreffen. In der Rechtsprechung ist zwar in erster Linie der Gesichtspunkt der Verfahrensverzögerung, das heißt der drohende Zeitaufwand, gemeint.[837] Anders als etwa in der Argumentation zu § 153a I StPO[838] tauchen entstehende Kosten hier nicht als ausdrückliches Argument auf. Mit Blick auf die

---

830 LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 245.
831 LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 245; KK-StPO[8]/Krehl, § 244 Rn. 159.
832 So beispielsweise bei LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 248 ff.
833 KK-StPO[8]/Krehl, § 244 Rn. 160 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.
834 KK-StPO[8]/Krehl, § 244 Rn. 160 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.
835 KK-StPO[8]/Krehl, § 244 Rn. 160; im Ergebnis auch *Herdegen*, NStZ 1984, 337 (338 ff.).
836 Dazu *Wolfslast*, NStZ 1990, 409 (412 f.); *Pfeiffer*, in: FS Baumann, 329 (333).
837 BGH, NStZ 2005, 44 (45) betont etwa, die Aufklärungspflicht gebiete es nicht ausnahmslos, aufwändige Ermittlungen unter Unterbrechung oder gar Aussetzung der Hauptverhandlung durchzuführen, um eines nur möglicherweise erreichbaren Zeugen habhaft zu werden.
838 LG Bonn, NJW 2001, 1736 (1738).

Handhabung in der Rechtsprechung kann man daher *Nestler*[839] insoweit zustimmen, als dass die Einsparung von Kosten lediglich einen erwünschten Nebeneffekt, aber keinen an der Abwägung teilnehmenden Belang, darstellt.

Ein nicht von der Hand zu weisender und aufgrund der Notwendigkeit der insgesamten Verfahrensbewältigung aus endlichen Mitteln ebenso gewichtiger Nachteil wie der durch die Verfahrensverzögerung entstehende Zeitaufwand ist allerdings auch der der Allgemeinheit entstehende Kostenaufwand im engeren Sinn. Eine Verwendung des Kostenarguments als zulässiger Abwägungsfaktor erscheint so gesehen nicht abwegig. Einen dahingehend vielversprechenden Anknüpfungspunkt enthält die zitierte Definition der Unerreichbarkeit insbesondere durch den Umstand, dass sie mit dem Rekurs auf das Aufklärungsgebot einen „Weichmacher“ enthält, indem zum Aufklärungsgebot im Allgemeinen geltendes Gedankengut in die Thematik der Unerreichbarkeit gem. § 244 III 3 Nr. 5 StPO transferiert wird. So hat der BGH im Zusammenhang mit einem Ablehnungsgrund betont, neben dem Gewicht der vorgeworfenen Tat und der Relevanz des zu erwartenden Beweisergebnisses für das Beweisgebäude bestimme auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den Umfang der Aufklärungspflicht.[840] Der Umfang der Aufklärungspflicht könne im Einzelfall wegen des Gebotes, das Verfahren beschleunigt und mit prozesswirtschaftlich vertretbarem Aufwand zu erledigen, unterschiedlich weit sein. Das Gewicht der Strafsache[841] sowie die Bedeutung und der Beweiswert des weiteren Beweismittels seien gegenüber den Nachteilen der Verfahrensverzögerungen abzuwägen, weshalb bei Anschuldigungen von Gewicht einer für den Schuldspruch relevanten weiteren Sachaufklärung eher Vorrang zukomme.[842] Wörtlich genommen gibt diese Formulierung zu erkennen, dass die Überlegungen des Gerichts sich nicht in der Beschleunigung des Verfahrens erschöpfen, da anderenfalls die Gegenüberstellung der Elemente „Beschleunigung“ und „Prozesswirtschaftlichkeit“ keinen Sinn ergäbe.

---

839 *Nestler*, JA 2012, 88 (94).

840 BGH, StraFo 2001, 88 (90). Diese Aussage fiel vor dem Hintergrund, dass das erkennende Landgericht einen Ablehnungsgrund auf § 244 V 2 StPO a. F. gestützt hatte und dabei zusätzlich zur Ungeeignetheit einer Vernehmung eines in Vietnam ansässigen Zeugen außerhalb der Hauptverhandlung auch mit der schwierigen Erreichbarkeit des Zeugen argumentiert hatte. Der BGH sah hierin keine Vermischung mit dem Ablehnungsgrund der Unerreichbarkeit gem. § 244 III 2 StPO a. F., sondern eine zulässige Ausstrahlungswirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf den Umfang der Aufklärungspflicht.

841 Das Gewicht der Strafsache ist als Kriterium der Abwägungsprüfung umstritten. Ablehnend LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 248 mit Nachweisen zur herrschenden Meinung, die die Bedeutung der Sache in die Abwägung einbezieht.

842 BGH, StraFo 2001, 88 (90).

II. Stellungnahme zur Berücksichtigung des Kostenaufwandes im Rahmen der Definition

Richtigerweise ist eine kraft übergeordneter Erwägungen vorgenommene Aufweichung des Ablehnungsgrundes der Unerreichbarkeit jedenfalls bezüglich der Implementierung von Kostenerwägungen aus mehreren Gründen abzulehnen.

Eine Einbeziehung des Kostenaufwandes in die Gesamtabwägung würde sich zunächst zu stark vom gesetzlich vorliegenden Leitbild entfernen. Das System der Ablehnungsgründe kann zwar nicht gänzlich ohne Rekurs auf das Aufklärungsgebot gedacht werden, da die diesbezügliche sachliche Verwandtschaft sehr eng ist. Dennoch bestehen substanzielle Unterschiede:[843]

Anders als die Frage nach der Reichweite der gerichtlichen Aufklärungspflicht kann der Begriff der Unerreichbarkeit trotz seiner Auslegungsbedürftigkeit nur zu bejahen oder zu verneinen sein.[844] Die Ablehnungsgründe des § 244 III 3 StPO zeichnen sich in ihrer Gesamtheit primär durch tatsächliche Gegebenheiten aus, welche die Ablehnung des Beweisantrags lediglich erlauben, weil der Rückgriff auf das jeweilige Beweismittel aus faktischen Gründen nicht nötig oder nicht möglich ist. Ob eine Tatsache beziehungsweise ein Beweismittel offenkundig[845], bedeutungslos[846], bereits bewiesen[847] oder zur Sachverhaltsermittlung ungeeignet[848] ist, stellt jeweils eine Fragestellung ohne nennenswerten normativen Gehalt dar. Die aufgezählten Tatbestandsmerkmale sollten trotz ihrer Auslegungsbedürftigkeit nicht als normative Tatbestandsmerkmale im engeren Sinn interpretiert werden, weil sie einen Bezug nur zum zu beurteilenden Sachverhalt erkennen lassen, nicht jedoch zu anderen Werten beziehungsweise Normen der Rechtsordnung.[849] Als unerreichbar im Sinne des § 244 III 3 Nr. 5 StPO hat ein Beweismittel daher dem Grundgedanken nach zu gelten, wenn die Möglichkeit zur faktischen Herbeischaffung fehlt.[850] An diesem Tatsachencharakter ändern auch die in der Rechtsprechung typischen Fallgestaltungen nichts, in denen das Vorliegen der Unerreichbarkeit auf dem Wege der Abwägungsprüfung ermittelt wird. Eine Argumentation, die betont, dass in bestimmten Verfahrenskonstellationen das Interesse an einer reibungslosen und zügigen Durchführung überwiegen kann,[851] trägt letztlich nur dem Umstand

---

843 Die Aufklärungspflicht gem. § 244 II StPO und die Beweiserhebungspflicht sind nicht deckungsgleich, zutreffend LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 58 m. w. N.; anders hingegen die sogenannte Identitätslehre. Nähere Nachweise hierzu bei *Julius*, NStZ 1986, 61 Fn. 1.

844 Zu den rechtstheoretischen Hintergründen dieser Klassifizierung siehe 5. Teil B. II.

845 § 244 III 3 Nr. 1 StPO.

846 § 244 III 3 Nr. 2 StPO.

847 § 244 III 3 Nr. 3 StPO.

848 § 244 III 3 Nr. 4 StPO.

849 Was unter einem normativen Tatbestandsmerkmal zu verstehen ist, wird sehr unterschiedlich beantwortet, siehe dazu *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, S. 3 f.

850 Zutreffend *Nestler*, JA 2012, 88 (94).

851 LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 246.

Rechnung, dass die Bemühungen in praktischer Hinsicht von der zu erwartenden Bedeutung des Beweismittels abhängig gemacht werden dürfen und müssen. Das Abwägungserfordernis ist nur eine Konsequenz des Umstands, dass die Beurteilung, ob ein Beweismittel unerreichbar oder möglicherweise doch auf irgendeinem Wege erreichbar ist, sich nur auf dem Wege der Prognose treffen lässt und regelmäßig Elemente der Unsicherheit beinhaltet. In Anbetracht dessen fungiert die Abwägung an dieser Stelle als eine aus der faktischen Not geborene Methode, die aus Praktikabilitätserwägungen unerlässlich ist. Diese die Vorschrift prägenden tatsächlichen Elemente verhindern eine normative Aufladung im Sinne der Bemühung übergeordneter Erwägungen, sodass auch die Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes oder der Prozesswirtschaftlichkeit Kostenerwägungen kein Forum einräumen dürfen. Die Erreichbarkeit des Beweismittels darf deshalb unter Zugrundelegung einer am Wortsinn orientieren Auslegung nicht davon abhängen, ob die mit der Herbeischaffung des Beweismittels verbundenen Kosten unvertretbar erscheinen.

Zweitens rechtfertigt die Allgegenwärtigkeit der faktischen Endlichkeit der zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel keine Überdehnung des Wortlauts. Für die Aufklärungspflicht als strafprozessrechtliches Strukturprinzip mag etwas anderes gelten, da deren Verwirklichung von vornherein eher mit der Methode „mehr oder weniger“ als mit einem „ja oder nein“ erfasst werden kann. Die Reichweite der Aufklärungspflicht variiert von Einzelfall zu Einzelfall, weil sie von der Bedeutung des Falles abhängt.[852] Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann hier als Korrektiv dienen und der Aufklärungspflicht Konturen verleihen, da eine absolut verstandene Aufklärungspflicht aus rechtlichen[853] und tatsächlichen Erwägungen ausgeschlossen ist. Abseits der das Strafverfahrensrecht prägenden Grundsätze wie dem Prinzip der materiellen Wahrheit[854] sollte das Kostenargument hingegen erst rechtliche Bedeutung erlangen können, wenn das einfache Recht im Wortlaut der betreffenden Vorschrift entsprechende Auslegungsspielräume belässt.[855] Das ist im Rahmen der sich an einer tatsächlichen Unmöglichkeit orientierenden speziellen Vorschrift des § 244 III 3 Nr. 5 StPO nicht der Fall, sodass sich eine Berücksichtigung des entstehenden Kostenaufwandes im Rahmen der Auslegung als contra legem erweisen muss.[856]

[852] *Landau*, in: FS Hassemer, 1073 (1081).

[853] Die bedeutendsten Begrenzungen ergeben sich aus den Beweisverboten, dazu LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 44.

[854] LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 39: „Übergeordneter Verfahrensgrundsatz“, „das beherrschende Prinzip des Strafverfahrens“.

[855] Zutreffend *Pflughaupt*, Prozessökonomie, S. 307 f., der betont, es dürfe kein „Notausstieg Prozessökonomie“ vorgenommen werden; zutreffend hinsichtlich der Bedeutung des Beschleunigungsgrundsatzes *Landau*, in: FS Hassemer, 1073 (1085).

[856] Zutreffend *Nestler*, JA 2012, 88 (94).

Gleiches gilt im Ergebnis hinsichtlich der schon im Ansatz unzutreffenden Überlegung, die Ablehnungsgründe gem. § 244 III 3 Nr. 1 bis 6 StPO müssten nicht zwingend als abgeschlossener Katalog verstanden werden.[857] Ein unverhältnismäßiger Kostenaufwand ließe sich als unbenannter Fall aufgrund der soeben dargelegten Systematik der Vorschrift nicht sinnvoll in die normierten Tatbestände der Ablehnungsgründe einreihen. Es ist nicht zulässig, einen Beweisantrag zurückzuweisen, da er „unökonomisch“ erscheint.[858]

Schließlich spricht für ein restriktives, Kostenerwägungen gegenüber verschlossenes Verständnis der Auslegung im Sinne einer weiteren Argumentationslinie der Umstand, dass die Bejahung der Unerreichbarkeit stets in einem Offenheitsfall erfolgt und daher potenziell zulasten des Angeklagten wirken kann. Auch wenn der entstehende Kostenaufwand auf der Ebene der strafprozessualen Rechtsanwendungsebene nicht an allen Stellen ausgeblendet werden darf, bleibt er ein nur die Rahmenbedingungen staatlicher Strafverfolgungstätigkeit betreffendes Argument. Die an einigen Stellen des Gesetzes existente Zulässigkeit des Arguments darf deshalb nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein auf rechtsstaatlichem Wege zustande gekommener Schuldspruch nicht von der Überlegung getragen sein darf, die Herbeischaffung eines den Angeklagten potenziell entlastenden Beweismittels habe aufgrund der anderenfalls entstehenden Kosten unterbleiben müssen.

III. Ergebnis

§ 244 III 3 Nr. 5 StPO verleiht dem Hauptverfahren gegenüber dem Ermittlungsverfahren kein anderes Gepräge hinsichtlich der Berücksichtigung des Kostenaufwandes. In beiden Verfahrensabschnitten ist es nicht zulässig, die Ermittlung des Sachverhalts zuungunsten des Beschuldigten aus Kostengründen zu verkürzen. Folglich kann im Hauptverfahren der Verzicht auf die Herbeischaffung des Beweismittels höchstens dann rechtmäßig sein, wenn eine verfahrensbeendende Entscheidung zugunsten des Angeklagten ergeht. Ob es im Hauptverfahren in bestimmten Konstellationen rechtmäßig sein kann, eine Beweisaufnahme aus Kostengründen trotz grundsätzlich bestehender Möglichkeit der Aufklärung abzubrechen, bedarf somit der Klärung, die im Folgenden stattfinden soll.

---

[857] Die Regelung ist aufgrund ihres eindeutigen Wortlauts abschließend, zutreffend LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 182.

[858] So im Ergebnis bezüglich eines Beweisantrags im Zivilprozess BVerfG, NJW 1979, 413.

C. Untersuchungsgrundsatz gem. § 244 II StPO

I. Bedingungszusammenhang zwischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und gerichtlicher Aufklärungspflicht

Die Verpflichtung des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts im Allgemeinen betreffend kann nun in der Tat an die soeben geschilderten Ausführungen des BGH angeknüpft werden: Dass der BGH im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Begrenzung der Reichweite der Aufklärungspflicht erkennt,[859] ist konsequent, da die gerichtliche Aufklärungspflicht gem. § 244 II StPO das Gebot der Wahrheitsermittlung genauso postuliert wie § 160 I StPO für den Bereich staatsanwaltlicher Tätigkeit. In der gerichtlichen Aufklärungspflicht konkretisiert sich daher gleichermaßen das Gebot zur Erforschung der materiellen Wahrheit, das als eine Forderung des Rechtsstaatsprinzips zu deuten ist.[860] Da es sich auch an dieser Stelle um kein abwägungsfestes Prinzip handeln kann, gerät die gerichtliche Aufklärungspflicht in Widerstreit zu gegenläufigen Interessen und muss zu diesen in ein angemessenes Verhältnis gesetzt werden.

Die Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den BGH erfolgt in der zitierten Entscheidung[861] stichwortartig, da einer konkreten Ausformung nicht weiter nachgegangen wird. Man kann aber schlussfolgern, dass der BGH dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen eigenständigen Bedeutungsgehalt zuerkennt, der sich weder im Gewicht des Tatvorwurfs noch im zu erwartenden Beweisergebnis erschöpft, da diese Parameter ausdrücklich „neben“ den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gestellt werden.[862] Dann bleibt als Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur die Betonung anderer verfassungsrechtlich anerkannter Belange, die dem Aufklärungsgebot Grenzen setzen. Als einen solchen Belang spricht der BGH den Beschleunigungsgrundsatz an, der nach modernem Verständnis nicht nur eine Schutzrichtung zugunsten des Beschuldigten entfaltet, sondern auch den Staat vor entstehenden Kosten bewahren soll.[863] Wie soeben angedeutet, kann man es mit Blick auf diesbezügliche Handhabung in der Rechtsprechung als „Eingangsvoraussetzung“ ansehen, dass entstehende Kosten nur Bedeutung erlangen, soweit sie durch die drohende Verfahrensverzögerung entstehen.[864] Das konkrete Argument betrifft dann den Zeitaufwand und nicht den Kostenaufwand im engeren Sinn.

---

[859] BGH, StraFo 2001, 88 (90).

[860] LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 39 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG.

[861] BGH, StraFo 2001, 88 (90).

[862] Zum Vorstehenden BGH, StraFo 2001, 88 (90).

[863] *Wohlers*, NJW 2010, 2470 (2471).

[864] Etwa BGH, NStZ 2005, 44 (45). Zu weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung siehe LR-StPO[27]/*Becker*, § 244 Rn. 355.

II. Berücksichtigung von Kostenerwägungen im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

1. Ressourcenschonung als Notwendigkeit

Zu fragen ist, ob die Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf diese Ausprägung beschränkt bleiben muss. Im Zusammenhang der gerichtlichen Aufklärungspflicht verlangt auf der einen Seite stets das Interesse an der Ermittlung der materiellen Wahrheit seine Durchsetzung. Die gegenläufigen Interessen auf der anderen Seite können grundsätzlich sowohl privater als auch öffentlicher Natur sein. So ist etwa in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein kranker Zeuge nicht herbeigeschafft werden darf, wenn es naheliegt, dass durch dieses Vorgehen sein Gesundheitszustand weiter verschlechtert wird.[865] Bei der erörterten Rechtsprechung ist es hingegen der Beschleunigungsgrundsatz, der ein öffentliches Interesse verkörpert, indem seine Funktion zur staatlichen Ressourcenschonung betont wird.

Von diesem Verständnis des Beschleunigungsgrundsatzes ist es nicht weit zu der Erkenntnis, dass die Ressourcenschonung im Generellen, das heißt auch, wenn sie nicht erst durch eine Verfahrensverzögerung entsteht, ein der Wahrheitsermittlung entgegenstehendes öffentliches Interesse darstellen können muss. Es fehlt ein legitimer Grund, die Ressourcenschonung nur unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensverzögerung anzuerkennen, da unabhängig vom betroffenen Verfahrensabschnitt auch in finanzieller Hinsicht die Notwendigkeit besteht, alle anfallenden Verfahren aus endlichen Mitteln zu bestreiten. Auch hier gilt, dass es aus fiskalischem Blickwinkel unerheblich ist, ob Kosten durch Verfahrensverzögerungen oder teure Beweiserhebungen, die zur Bedeutung der Sache außer Verhältnis stehen, verursacht werden.

Dass die letztgenannte Erkenntnis in der Literatur kaum Betonung findet, dürfte auf zwei verschiedene Ursachen zurückzuführen sein. Erstens gehen in rein faktischer Hinsicht Gesichtspunkte der Verfahrensverzögerung und des Kostenaufwandes häufig Hand in Hand, da der staatlicherseits entstehende Kostenaufwand gerade durch lange andauernde Verfahren in die Höhe getrieben wird.[866] Zweitens wird in rechtlicher Hinsicht die Erörterung des Ressourcenknappheitsproblems schnell mit einer Fokussierung auf den Beschleunigungsgrundsatz in Verbindung gebracht.[867] Allerdings ist die Annahme, der Beschleunigungsgrundsatz habe auch dem staatlichen Interesse an einem möglichst zeit- und kostensparenden Verfahren zu dienen,[868] durchaus bedenklich. Dies kann kaum jenen Beschleunigungsgrund-

---

865 BGH, NStZ 2003, 562.

866 Zutreffend *Nestler*, JA 2012 88 (92).

867 So beispielsweise *Landau*, in: FS Hassemer 1073 (1086), der den Beschleunigungsgrundsatz im Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" einbettet, aber die Verwendung der zur Verfügung stehenden Ressourcen nur unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensverzögerung erörtert. Das Endlichkeitsproblem in finanzieller Hinsicht wird so nur unvollständig erfasst.

868 Verhandlungen des 60. DJT II/1, 1994, M 85, zitiert nach *Wohlers*, NJW 2010, 2470 (2471).

satz meinen, der in Art 6 I 1 EMRK verankert ist.[869] Das staatliche Interesse mit dem den Beschuldigten schützenden Beschleunigungssatz zu mischen, erscheint in einigen Konstellationen widersprüchlich,[870] da die Ausübung von Angeklagtenrechten häufig automatisch mit einem zusätzlichen Zeitaufwand einhergeht.[871] Es ist dann schwer zu beurteilen, ob der Beschleunigungsgrundsatz als Argument gegen oder für die Rechte des Angeklagten fungiert. Die Fundierung der Notwendigkeit der Ressourcenschonung im Beschleunigungsgrundsatz ist daher unvollständig und terminologisch missverständlich.[872] Geht es um „die aus Gründen der Ressourcenschonung angestrebte Straffung des Verfahrens"[873], bedarf es einer anderen Herleitung, wofür sich nach traditioneller Lesart der Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" anbietet.[874] Nach dem hier empfohlenen Begriffsverständnis bedeutet dies, dass die Ressourcenschonung und die Aufklärungspflicht als unabweisbare Bedürfnisse der Strafrechtspflege in Widerstreit treten und daher in ein konkordantes Verhältnis gesetzt werden müssen.

Kurzum: Das Verfahren zügig zu gestalten, ist eine aufgrund des Endlichkeitsfaktums notwendige Konsequenz. Daneben muss das Endlichkeitsfaktum aber auch bedacht werden, wenn keine Verfahrenszögerung im Raum steht. Die Notwendigkeit zur Verfahrensbeschleunigung erweist sich somit nur als der am leichtesten zu erkennende Auswuchs des Endlichkeitsproblems.

2. Beispielsfall

Die praktischen Konsequenzen dieser Überlegung sollen anhand der folgenden Beispielsfälle umrissen werden:

> In einem Mordprozess behauptete der Beschuldigte, er habe das Opfer aus einer Affekthandlung heraus getötet. Die ermittelnden Beamten ließen das Smartphone des Angeklagten auslesen. Nach damaligem Stand der Technik war dazu lediglich eine in Israel ansässige Spezialfirma fähig. Durch die Einschaltung der Spezialfirma entstanden Kosten in Höhe von 10.000 €. Das Auslesen der auf dem Smartphone gespeicherten Bewegungsdaten brachte zutage, dass es sich nicht um eine affektive- sondern eine geplante Tatbegehung handelte.[875]

---

[869] Die Betonung öffentlicher Interessen ist eher plausibel, sofern man die Herleitung aus Art. 20 III GG betont, so etwa BVerfG, NStZ 2006, 680 (681).

[870] So beispielsweise BGH, NJW 1976, 116 (117).

[871] *Wohlers*, NJW 2010, 2470 (2471). Er nennt hierfür als Beispiel die Thematik der Rechtsmittel.

[872] Zutreffend hierzu *Wohlers*, NJW 2010, 2470 (2471).

[873] *Wohlers*, NJW 2010, 2470 (2471).

[874] *Wohlers*, NJW 2010, 2470 (2471) mit Verweis auf *Landau*, in: FS Hassemer, 1073 (1079 f.).

[875] Der Fall wurde hier abgewandelt und vereinfacht. Im Originalfall ging es um den Mord an Maria L., der ein erhebliches Medieninteresse auf sich zog, siehe etwa https://www.sueddeutsche.de/digital/prozess-wegen-vergewaltigung-und-mord-wie-polizisten-das-handy-des-freiburger-mordverdaechtigen-auslasen-1.3860870; Tools der israelischen Firma Cellebrite sollen laut dem Forbes Magazine ab 6.000 $ zu erwerben sein, https://www.forbes.com/sites/thomasbrewster

In diesem Fall ist offensichtlich, dass die Einschaltung der israelischen Spezialfirma trotz des entstehenden Kostenaufwands erfolgen musste. Zweifelsohne würde ein Gericht eine entsprechende Beweisaufnahme im Hauptverfahren stets von den Erfolgsaussichten und niemals von den entstehenden Kosten abhängig machen.

Die ausschließliche Orientierung an den Erfolgsaussichten der Maßnahme und eine damit einhergehende Nichtberücksichtigung des Kostenaufwandes erscheint hingegen nicht mehr selbstverständlich, sobald man den Fall wie folgt abwandelt:

> Dem Angeklagten wird vorgeworfen, einen Gegenstand im Wert von 200 € gestohlen zu haben. In der Hauptverhandlung stellt sich heraus, dass der Sachverhalt nicht anders als durch das Auslesen des Smartphones des Angeklagten aufgeklärt werden kann. Dies kann aus technischen Gründen nur durch die erwähnte Spezialfirma aus Israel bewerkstelligt werden, wobei sich die zu erwartenden Kosten auf 10.000 € belaufen.

Durch einen solchen Extremfall zeigt sich, dass sich aus dem Kostenaufwand zulässige Begrenzungen der Pflicht zur Wahrheitsermittlung ergeben können müssen, ohne dass es auf eine eventuelle Verfahrensverzögerung ankommt. Würden Anstrengungen solchen Ausmaßes regelmäßig unternommen, wären die Überschreitung des zur Strafverfolgung ausgewiesenen Budgets und damit die Gefährdung der Erfüllung anderer Staatsaufgaben die Folge. Zu betonen ist, dass diese Argumentation nicht durch die grundsätzliche Kostentragungspflicht des Angeklagten im Fall der Verurteilung (§ 465 I 1 StPO) entkräftet wird. Das BVerfG hat beispielsweise entschieden, dass es unverhältnismäßig ist, dem Verurteilten Verfahrenskosten aufzuerlegen, ohne zu berücksichtigen, dass die Kostenbelastung eine Geldauflage erheblich übersteigt.[876] Außergewöhnlich hohe Verfahrenskosten sind dann vom jeweiligen staatlichen Hoheitsträger zu tragen.[877]

Demzufolge liegt auch hier die Sachlage nicht anders als bei jenen Konstellationen, bei denen im Ermittlungsverfahren Abstriche bei der Realisierung des Strafverfolgungsinteresses in Kauf genommen werden müssen. Intuitiv mag man im Bereich der staatsanwaltlichen Tätigkeit eine das Verfahren beeinflussende Kostenerwägung noch eher als im Bereich richterlicher Tätigkeit für zulässig halten. Dies ist darauf zurückzuführen, dass eine enge terminologische Verwandtschaft zwischen Effizienzbeziehungsweise Kostenerwägungen und dem aus Art. 114 II 1 GG folgenden Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit besteht.[878] Diese Gebote werden wiederum in erster Linie mit der Legislative und der Exekutive in Verbindung gebracht, wohingegen die Konsequenzen für die Judikative nur sekundär in Erwägung

/2019/02/27/the-feds-favorite-iphone-hacking-tool-is-selling-on-ebay-for-100and-its-leaking-data/?sh=1fc6e82b5dd4.

[876] BVerfG, BeckRS 2020, 38731 – Rn. 35.

[877] Siehe auch § 10 I 1 KostVfG.

[878] Dies betonend *Maiazza*, Opportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren, S. 84 f.

gezogen werden.[879] Unter dem hiesigen Gesichtspunkt der Notwendigkeit der Einhaltung des zur Verfügung stehenden Budgets gilt aber für Gerichte nichts anderes als für Staatsanwaltschaften.[880]

III. Reichweite von Kostenüberlegungen im Rahmen der gerichtlichen Aufklärungspflicht

1. Bewältigung von Kleinkriminalität als Massenphänomen

Das soeben erörterte Beispiel macht plausibel, dass der entstehende Kostenaufwand in Fällen Gewicht gewinnen kann, in denen es um geringe Kriminalität geht. Häufig wird man etwa von der Einholung eines Sachverständigengutachtens absehen dürfen beziehungsweise müssen, weil dieses im Vergleich zur Bedeutung der Sache völlig unverhältnismäßige Kosten verursacht.[881] Diese Konstellation entspricht dann der hinsichtlich des Ermittlungsverfahrens entwickelten Annahme, die Ermittlung der materiellen Wahrheit als Pflicht des Staates sei nur geschuldet, soweit sich diese in das Gebot einer konkordanten Strafrechtspflege einfügt.[882] Insoweit besteht kein struktureller Unterschied zum Ermittlungsverfahren: Dort wird die Erforschung der den hinreichenden Tatverdacht begründenden Umstände durch Kostenerwägungen begrenzt, wohingegen im Hauptverfahren aufgrund eines unvertretbaren Kostenaufwandes in bestimmten Fällen von der Schuldfeststellung abgesehen werden muss. Die Behauptung, die Schuldfeststellung dürfe in bestimmten Konstellationen aus Kostenerwägungen unterbleiben, erscheint als gewagte These, die vermutlich mehrheitlich auf Ablehnung stößt.[883] Beim Durchdenken von Einzelfallbeispielen zeigt sich jedoch, dass auch im Hauptverfahren Sachverhalte existieren, in denen ohne eine Berücksichtigung des Kostenaufwandes nicht auszukommen ist. Auch an dieser Stelle der Untersuchung gilt daher, dass die Berücksichtigung des Kostenaufwandes kein Novum darstellt, sondern eher eine rechtliche Umschreibung der in der Praxis anzutreffenden Verfahrenssituation darstellt. In Fällen geringerer Kriminalität werden die zur Verfügung stehenden Ermittlungsmethoden – medizinischer oder technischer Art – bei Weitem nicht immer ausgeschöpft.[884]

Die Eröffnung des Hauptverfahrens stellt für die Berücksichtigung des Kostenaufwandes keine Zäsur dar. Dies wird mit Blick auf die Mittelzuweisung verständlich, da die Einnahmen und Ausgaben der Ordentlichen Gerichte ebenso budgetiert

---

879 So etwa bei *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 18 ff.
880 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 349 sieht zutreffend auch die Judikative als Adressatin des Wirtschaftlichkeitsgebots an.
881 Einen solchen Fall schildert *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 281.
882 Siehe oben 3. Teil C. II. 3. c).
883 Eindeutig bezüglich des Legalitätsprinzips KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 4.
884 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 281.

sind wie jene der Staatsanwaltschaften.[885] In beiden Verfahrensabschnitten ist dann aufgrund des Faktums begrenzter zur Verfügung stehender Mittel eine rechtliche Abwägung zwischen dem staatlichem Interesse an der Kostenschonung und dem Strafverfolgungsinteresse unter dem Dach des Konkordanzgebots notwendig.

Das in der Rechtsprechung vorzufindende Postulat, es dürfe nicht in dubio pro reo entschieden werden, solange noch ein geeignetes Beweismittel zur Verfügung stehe,[886] lässt sich in der praktischen Anwendung nicht immer durchhalten und sollte deshalb nicht in einem absoluten Sinn verstanden werden.

2. Kriterien für einen Freispruch „aus Kostengründen"

Analog zu den bezüglich des Ermittlungsverfahrens erarbeiteten Erkenntnissen ist auch hier festzuhalten, dass Kostenerwägungen nur in außergewöhnlichen Fällen zum „Abbruch" der Strafverfolgungstätigkeit führen können. Wiederum gilt, dass sich eine betriebswirtschaftlich verstandene Analyse verbietet. Nur Beweiserhebungen, die bei konsequenter Anwendung in vergleichbaren Fällen ersichtlich zur Überschreitung des zur Verfügung gestellten Etats führen müssten, rechtfertigen einen von Kostenerwägungen getragenen Freispruch. Da das Gericht diesen Etat nicht vor Augen hat, kann es nur eine grobe Vertretbarkeitskontrolle anstellen, wodurch ihm ein beachtlicher Beurteilungsspielraum zuzuerkennen ist.

Als Mindestanforderung der Vertretbarkeitsprüfung ist in solchen Extremfällen zu verlangen, dass das Gericht eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Abwägungsprüfung überhaupt erst anstellt. Nur die Bezugnahme auf die wahrscheinlich entstehenden Kosten genügt dazu nicht. Zu erfolgen hat eine Abwägungsprüfung, welche die widerstreitenden Interessen unter Bezugnahme auf den konkreten Einzelfall in nachvollziehbarer Weise austariert. Denkbar wäre beispielsweise eine Abwägungsprüfung dergestalt, dass dargelegt wird, einerseits sei das Strafverfolgungsinteresse gering, da es sich um ein Vergehen handele, und andererseits sei zur Rekonstruktion des Sachverhalts ein Sachverständigengutachten erforderlich, das aufgrund tatsächlicher Schwierigkeiten des gegebenen Falls außergewöhnlich kostspielig sei. In einem solchen Fall sollte ein Freispruch ohne Verstoß gegen die gerichtliche Aufklärungspflicht erfolgen können und dementsprechend auch justizieller Kontrolle standhalten.

885 Dies ist jedenfalls im Einzelplan des Niedersächsischen Justizministerium 2021 (für den Oberlandesgerichtsbezirk Braunschweig siehe etwa die dortige S. 122) so vorgesehen. Abrufbar unter https://www.mf.niedersachsen.de/startseite/themen/haushalt/haushaltsrecht_inklusive_haushaltsplane/haushaltsplan_2021/der-weg-zuruck-zum-ausgeglichenen-haushalt-190335.html.

886 BGH, NJW 1960, 108 (108 f.).

D. Absehen von der Einziehung gem. § 421 I Nr. 3 StPO

Eine Spezialkonstellation mit ersichtlichem Bedeutungsgehalt für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand liegt in der Regelung des § 421 I Nr. 3 StPO. Diese Vorschrift kennzeichnet sich als eine der wenigen Stellen der Strafprozessordnung, bei denen ein „unangemessener Aufwand" ausdrücklich als Kriterium zur Rechtsfindung genannt wird.[887] Wenn *Gröpl* meint, die Vornahme von Wirtschaftlichkeitserwägungen durch die rechtsprechende Gewalt sei möglich, wo die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit tatbestandlich normiert seien,[888] dann ist in § 421 I Nr. 3 StPO ein solcher Fall zu sehen. Gem. § 421 I Nr. 3 StPO kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft von der Einziehung absehen, wenn das Verfahren, soweit es die Einziehung betrifft, einen unangemessenen Aufwand erfordern oder die Herbeiführung der Entscheidung über die anderen Rechtsfolgen der Tat unangemessen erschweren würde. Die Regelung knüpft an die materiellrechtlich in Betracht kommenden Maßnahmen der Einziehung gem. § 73 ff. StGB an.[889] In der Rechtsliteratur ist aufgrund des unmissverständlichen Wortlauts zu Recht anerkannt, dass § 421 StPO aus Gründen der Verfahrensökonomie das Absehen von der Einziehung ermöglicht.[890] Der „unangemessene Aufwand" im Sinne des § 421 I Nr. 3 Alt. 1 StPO meint neben dem Zeit- auch den Kostenaufwand, sodass die Verfahrensverzögerung an dieser Stelle keine notwendige Bedingung ist.[891] Dabei soll eine Unangemessenheit angenommen werden, wenn der Aufwand zu der Bedeutung der Einziehung oder einer sonstigen Nebenfolge in keinem sinnvollen Verhältnis steht.[892]

Eine interessante Erkenntnis ist, dass § 421 StPO jede Form der Einziehung umfasst.[893] Insbesondere sind also auch solche Konstellationen umfasst, in denen der Einziehung Strafcharakter zukommt, was im Allgemeinen bei § 74 StGB der Fall ist.[894] Wenn also die Tat volldeliktisch erfüllt ist, der einzuziehende Gegenstand keine besondere Gefährlichkeit erkennen lässt und der Täter Eigentümer der Sache ist, erklärt alleine der pönale Charakter die Einziehung, sodass es sich im Ergebnis um eine gegenständlich spezifizierte Vermögensstrafe handelt.[895] Die Einziehung hat dann nicht nur die Funktion, die gestörte zivilrechtliche Güterzuordnung zu

---

887 Die StPO erhebt den „Aufwand" an elf weiteren Stellen zum maßgeblichen Kriterium. Viele der Nennungen betreffen das Akteneinsichtsrecht. Hinsichtlich der Betroffenheit von Grundrechten erscheint insbesondere die Nennung in § 101 IV 5 StPO bedeutsam.

888 *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 121 Rn. 20.

889 KK-StPO[8]/*Schmidt*, § 421 Rn. 1.

890 Meyer-Goßner-StPO[63]/*Köhler*, § 421 Rn. 1; KK-StPO[8]/*Schmidt*, § 421 Rn. 1; MüKo-StPO/Putzke/Scheinfeld, § 421 Rn. 16.

891 Zutreffend HK-StPO[5]/*Kurth*/*Pollähne*, § 430 Rn. 4.

892 KK-StPO[8]/*Schmidt*, § 421 Rn. 5 m. w. N.

893 MüKo-StPO/Putzke/Scheinfeld, § 421 Rn. 13 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/9525, S. 87.

894 Schönke/Schröder-StGB[30]/*Eser*/Schuster Vor. § 73 Rn. 20

895 Schönke/Schröder-StGB[30]/*Eser*/Schuster Vor. § 73 Rn. 20.

korrigieren, sondern trägt mit dem Leitsatz „Straftaten dürfen sich nicht lohnen!“[896] den Strafzwecken der Spezial- und Generalprävention Rechnung.[897] Wenn § 421 I Nr. 3 StPO die Möglichkeit eröffnet, von dieser Sanktion aufgrund eines unvernünftigen Kostenaufwandes abzusehen, dann zeigt sich hieran, dass der Gesetzgeber die Realisierung der materiellen Strafzwecke von fiskalischen Interessen abhängig macht. Diese Aussage ist dahingehend zu präzisieren, dass es sich bei der Einziehung um eine Strafzumessungsentscheidung handelt, sodass jedenfalls die Frage des „Ob“ der Bestrafung nicht von fiskalischen Argumenten berührt wird.[898] Das ansonsten mit Vehemenz vorgetragene Postulat, die Strafzwecke seien unabhängig von den dafür erforderlichen Kosten zu realisieren,[899] lässt sich im Rahmen des § 421 I Nr. 3 StPO gleichwohl nicht aufrechterhalten. In Anbetracht der Vorschrift kann man nicht nur hinsichtlich der Praxis, sondern auch mit Blick auf die gesetzliche Konzeption konsequenterweise nicht davon ausgehen, es sei im deutschen Strafprozessrecht verboten, dass Kostenerwägungen die Realisierung der Strafzwecke tangieren. Der Wortlaut des § 421 I Nr. 3 StPO belegt das Gegenteil. Dennoch ginge es ersichtlich zu weit, gerade aus dieser Spezialvorschrift einen allgemeinen Rechtsgedanken herleiten zu wollen. Möglicherweise mag man eher geneigt sein, die Vorschrift als systemfremd zu kennzeichnen, da sie mit dem Legalitätsprinzip nur schwer vereinbar scheint.[900] So würde aber die Lage der Dinge nur unvollständig erfasst, da aufgrund der Endlichkeit der zur Verfügung stehenden Ressourcen rechtliche Notwendigkeiten zur Eindämmung des Legalitätsprinzips existieren. Deshalb muss es im Grundsatz zulässig sein, wenn der Gesetzgeber aus Gründen der Kostenschonung Regelungen schafft, die die Realisierung der Strafzwecke in Teilen beschneiden. Die Sachlage ist hier im Wesentlichen nicht anders gestaltet als bei den §§ 153 ff. StPO, da letztgenannte Regelungen noch weiter als § 421 I Nr. 3 StPO reichen, indem auf den potenziellen Schuldspruch und damit das „Ob“ der Bestrafung in Gänze verzichtet wird.[901] Darüber hinaus ist das deutsche Strafprozessrecht mittlerweile von zahlreichen Rechtsinstituten durchzogen, die auf eine Verfahrensvereinfachung und damit immer auch auf eine Kostenschonung angelegt sind. Systemfremd erscheint die Regelung des § 421 I Nr. 3 StPO in diesem Kontext nicht. Eine Besonderheit besteht lediglich dahingehend, dass diese Regelung nicht nur nach ihrer Struktur zur Kostenschonung führt, sondern den Kostenaufwand expressis verbis zum für die Rechtsfindung zulässigen Argument erhebt.

---

896 MüKo-StPO/Putzke/Scheinfeld, § 421 Rn. 9 m. w. N.

897 *Theile*, JA 2020, 1.

898 *Nestler*, JA 2012, 88 (94).

899 *Nestler*, JA 2012, 88 (95).

900 In diese Richtung tendierend *Nestler*, JA 2012, 88 (95).

901 In der Kommentarliteratur wird insbesondere die strukturelle Verwandtschaft der Regelung zu den §§ 154, 154a StPO betont, so etwa MüKo-StPO/Putzke/Scheinfeld, § 421 Rn. 16.

E. Kostentragungsvorschriften

Die §§ 464 ff. StPO bestimmen, wer die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Naturgemäß treffen die genannten Normen hingegen keine Aussage über die Frage, inwieweit die drohende Kostentragung das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten beeinflusst. Steht ein Freispruch mit der Folge der Kostentragungspflicht der Staatskasse gem. § 467 I StPO in Aussicht, wird der Vertreter der Staatsanwaltschaft in der Praxis wohl nicht selten auf eine Verfahrenseinstellung gem. § 153a I, II StPO hinwirken, was gem. § 467 V StPO zur Folge hat, dass die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten nicht der Staatskasse auferlegt werden. Nicht zu unterschätzen ist des Weiteren, dass mit einer umfangreicheren Beweisaufnahme auch der Kostendruck auf den Angeklagten stetig anwächst. Da die zu tragenden Kosten für den Angeklagten neben dem eigentlichen Verfahrensausgang ein bedeutender Belang sind,[902] ist es naheliegend, dass der Angeklagte bei einer steigenden Kostenlast eher ein Geständnis ablegen oder einer Verfahrenseinstellung gem. § 153a I, II StPO zustimmen wird. Praktisch können Staatsanwaltschaften ein solches Verhalten provozieren, indem sie Anklagevorwürfe umfangreicher als nötig gestalten und auf diesem Wege die Beweisaufnahme aufblähen, anstatt sich um eine eigentlich angezeigte Verfahrenskonzentration zu bemühen. Dass solche Verfahrensweisen ungesetzlich sind, ist mit Blick auf die §§ 464 ff. StPO selbstverständlich: Die Kostentragungsregeln setzen erst im letzten Glied an, indem sie hinsichtlich des vor dem Abschluss stehenden Verfahrens Aufschluss über die Kostentragung geben. Dagegen erlauben die genannten Vorschriften es nicht, die materielle Entscheidung nach dem Gesichtspunkt der Kostentragung zu beeinflussen. In welcher Häufigkeit die hier beispielhaft geschilderten Verfahrensweisen in der Praxis anzutreffend sind, bleibt eine spekulative Frage. Naheliegend erscheint jedenfalls, dass in der Praxis fiskalische Erwägungen schnell in Rechtsmissbrauch ausarten können, da derartige „prozesstaktische“ Verfahrensweisen kaum einer justiziellen Kontrolle zugänglich sind. Da also in der Realität der Raum für fiskalische Praktikabilitätserwägungen neben oder entgegen dem Gesetz durchaus vorhanden ist, ist der Angeklagte mitunter darauf angewiesen, dass das Gericht zu umfangreich konzipierte Anklagen nicht zulässt und an einer Verfahrenseinstellung gem. § 153a I, II StPO nur mitwirkt, wenn sie sachlich geboten ist.[903]

---

902 Siehe beispielsweise BVerfG, BeckRS 2020, 38731.

903 Zur Klarstellung: Nach hier vertretener Auffassung darf der Kostenaufwand in engen Grenzen auch im Rahmen des § 153a StPO berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung des Kostenaufwandes darf aber nicht dahingehend missbraucht werden, dass eine Verfahrenseinstellung als Notanker missbraucht wird, wenn aus Sicht der Staatsanwaltschaft ein Freispruch „droht“.

F. Verständigung gem. § 257c StPO

Als prominentes Rechtsinstitut, das Kostenerwägungen offen gegenüberstehen könnte, kommt die Verständigung gem. § 257c StPO in Betracht, die zum überkommenen System des Strafprozessrecht in Widerspruch steht.[904] Aufgrund der zweifelhaften Vereinbarkeit der Regelung mit grundlegenden Prinzipien des Prozessrechts[905] ist die Kritik sowohl an der gesetzlichen Konzeption als auch der praktischen Handhabung immens und die Diskussion in quantitativer Hinsicht schwer zu überblicken. Für die hiesige Untersuchung erwächst daraus insofern eine eigenständige Bedeutung, als offensichtlich erscheint, dass die Vorschrift ihre Existenz vor allem dem Ökonomisierungsdruck verdankt.[906] So wird in der Verständigungspraxis der Beleg dafür gesehen, dass der Gesetzgeber immer mehr vom Bestreben, die materielle Wahrheit zu ermitteln, Abstand nimmt und sich vielmehr auf eine pragmatische Verfahrenserledigung konzentriert.[907] Der Gesetzgeber selbst sah dies bei der Einführung des § 257c StPO naturgemäß anders. Er vertrat die Ansicht, die Regelung werde zu keiner Entlastung der Justizhaushalte führen[908] und kennzeichnete das Interesse der Ressourcenschonung nicht als gesetzgeberisches Motiv, sondern als Belang der Justiz[909].

Ein interessanter Aspekt findet in der Debatte zu geringe Bedeutung: Abseits des scheinbaren Paradigmenwechsels kann § 257c StPO als Musterbeispiel fungieren, auf welche Art und Weise der Gesetzgeber die Ökonomisierung des Strafprozesses beziehungsweise die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes vorantreibt. Dass die Vorschrift dem Gedanken der Ökonomisierung Rechnung trägt, ist unzweifelhaft.[910] Dies bringt aber die Vorschrift selbst mit keiner Silbe zum Ausdruck. Sie enthält kein Tatbestandsmerkmal, welches die Berücksichtigung fiskalischer Interessen ausdrücklich zulässt. Mit der gesetzlichen Normierung der Verfahrensverständigung ist kein § 10 S. 2 VwVfG vergleichbarer Hinweis, wonach das Verfahren zweckmäßig und zügig durchgeführt werden soll, in der Strafprozessordnung etabliert worden. Im Gegenteil war es ein ausdrückliches Anliegen des Gesetzgebers, die grundlegenden Prinzipien unangetastet zu lassen.[911]

Zur Berücksichtigung des entstehenden Ressourcenaufwandes lässt sich insbesondere nicht an das Tatbestandsmerkmal „in geeigneten Fällen" anknüpfen, da es wenige von vornherein ungeeignete Fälle geben wird[912] und man im Grunde jeden

---

904 SK-StPO[4]/Velten, § 257c Rn. 4.
905 KK-StPO[8]/Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 5: „grundsätzliche rechtsdogmatische Bedenken".
906 *Landau*, NStZ 2014, 425 (426).
907 BeckOK-StPO[39]/*Eschelbach*, § 257c Rn. 1.4.
908 BT-Drs. 16/12310, S. 7.
909 BT-Drs. 16/12310, S. 7.
910 KK-StPO[8]/Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 2.
911 BT-Drs. 16/12310, S. 7.
912 Meyer-Goßner-StPO[63]/Schmitt, § 257c Rn. 6.

Fall mit Beschleunigungspotential für geeignet halten kann.[913] Sinnbildlich für diese Unbestimmtheit soll das Vorliegen eines geeigneten Falls im Sinne des § 257c I 1 StPO nach der Aussage im Gesetzesentwurf von den Umständen des konkreten Einzelfalls abhängen. Immerhin findet sich an selbiger Stelle auch der Hinweis, das Gericht dürfe nicht auf eine Verfahrensabsprache ausweichen, bevor es die Anklage pflichtgemäß geprüft hat.[914] Dies zielt auf die Gewährleistung eines für den Angeklagten fairen Verfahrens ab[915] und deutet darauf hin, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der zu erwartende Ressourcenaufwand kein berücksichtigungsfähiger Aspekt im Rahmen der Auslegung der Formulierung „in geeigneten Fällen" ist. Allerdings lässt sich der gesetzgeberische Wille mit Blick auf die Gesetzesbegründung auch anders interpretieren. Der Gesetzgeber vertrat in seiner Entwurfsbegründung betreffend die Ordnungswidrigkeiten die Auffassung, es gebe keine „geeigneten Fälle", da „nur sehr selten besonders schwierige und langwierige Beweisaufnahmen erforderlich" seien.[916] Im Sinne eines Umkehrschluss lässt sich daher vertreten, dass es dem Gesetzgeber im Bereich des Strafverfahrens auf die Beschleunigung und damit auch die ressourcensparende Wirkung ankam. Argumente lassen sich demzufolge in beide Richtungen entwickeln. Nach hier vertretenem Standpunkt ist die gesetzliche Formulierung für eine verlässliche Subsumtion aufgrund ihrer Unbestimmtheit schlicht untauglich.[917] In diesem Sinne ist es dann jedoch konsequent, Kostenerwägungen im Rahmen der Auslegung kein Forum einzuräumen.

Gefragt nach den Beweggründen für eine Verfahrensabsprache, gaben gleichwohl 74,2 % der an einer Studie *Altenhains* teilnehmenden Vorsitzenden Richter einer Strafkammer den Wunsch an, mehr Verfahren in der gleichen Zeit erledigen zu wollen. Auch hohe Verfahrenskosten wurden von nicht weniger als 41,9 % der teilnehmenden Richter als Grund für eine Verständigung genannt.[918] Die Gesetzgebungstechnik erscheint mit Blick auf diesen Befund strukturell verheimlichend, indem sie den eigentlichen Zweck der Norm nicht offen zum Ausspruch bringt und vor allem auch nicht zur Prüfung stellt. Das weckt eingedenk der Entstehungsgeschichte von Absprachen im Strafverfahrensrecht Bedenken, da dieses ursprünglich nur als richterliche Rechtsfortbildung anerkannte Instrument alleine aus der Not geboren wurde, dass ohne Verfahrensabsprachen die anfallende Verfahrenslast

913 BeckOK-StPO[39]/*Eschelbach*, § 257c Rn. 7, der dies auf den „ubiquitär verwendeten Maßstab der Prozessökonomie" zurückführt. Sachlich zutreffender wäre der Begriff „Ressourcenschonung". Als zu weitgehend erweist sich in Fortsetzung der hier angestellten Überlegungen die These, die Arbeitsersparnis dürfe per se kein geeignetes Auswahlkriterium sein, so aber *Steinberg*, DRiZ 2012, 19 (22).

914 Zum Vorstehenden BT-Drs. 16/12310, S. 13.

915 BT-Drs. 16/12310, S. 13 mit Verweis auf BGH, NJW 2005, 1440 (1442).

916 BT-Drs. 16/12310, S. 15.

917 Zutreffend in diese Richtung *Murmann*, ZIS 2009, 526 (534).

918 Zum Vorstehenden *Altenhain* u. a., Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, S. 59.

nicht mehr zu bewältigen war.[919] Ein kaschierendes Element tritt hinzu, indem der Gesetzgeber mit seinem Hinweis auf die weiterhin geltende Untersuchungspflicht (§ 257c I 2 StPO) auf anerkannte Grundsätze des Strafprozesses Bezug nimmt, obwohl ein konsequentes Nebeneinander beider Elemente nicht vollends gelingen kann.[920]

Ebenso zeigt sich gerade an § 257c StPO die grundsätzliche Problematik, dass eine vorgebliche Ökonomisierung – sei sie im Wortlaut angelegt oder nicht – mit Blick auf die Wahrung verfahrensrechtlicher Garantien überaus problematisch erscheint. Es ist kaum zu bestreiten, dass durch die Verständigung eine attraktive Maßnahme zur Arbeitserleichterung geschaffen wird, die mit einer faktischen Beweisantizipation erkauft ist.[921] Dies ermöglicht sowohl Urteile, die deutlich zu mild ausfallen als auch Verurteilungen, die im vollständig durchgeführten Prozess zu einem Freispruch führen müssten.[922] Da bei der Verständigung de facto der Erforschung der materiellen Wahrheit in geringerem Maße nachgegangen wird, ist die Verständigung fehleranfällig. Die Erreichung der strafprozessrechtlichen Zielfunktion „Schaffung von Rechtsfrieden" erscheint langfristig gesehen gefährdet, wenn die staatliche Reaktion nicht dem entspricht, was die Tat tatsächlich „wert" war[923], sodass es abseits reiner Gerechtigkeitsfragen zweifelhaft erscheint, ob das Instrument der Absprachen zur „Effizienz" des Strafverfahrensrechts beiträgt. Auch an dieser Stelle ist im Blick zu behalten, dass die Strafverfolgung durch eine reine Verbilligung nicht automatisch ökonomischer wird.

Schließlich hat das Spannungsfeld zwischen einer Verständigung und finanziellen Aspekten noch eine vollkommen andere Dimension, die ebenfalls vom gesetzlichen Befund nicht erfasst wird. Die knappe Mehrheit der in einer Studie befragten Richter am Amtsgericht gaben an, mit einem nicht verteidigten Angeklagten keine Verfahrensverständigung zu tätigen.[924] Hier ist demzufolge der Kostenaufwand des Angeklagten von Bedeutung: Kann oder will dieser den Kostenaufwand für einen Verteidiger nicht bewältigen, hat er am Amtsgericht nicht die gleiche „Chance" auf eine Verfahrensabsprache wie ein verteidigter Angeklagter.[925]

Während die Regelung des § 257c StPO im gesamten Ökonomisierungsdiskurs zu Recht eine überragende Rolle einnimmt, ist bezüglich der hier im Fokus stehenden Rechtsanwendungsebene zu konstatieren, dass im Rahmen einer Verfahrensabsprache nach der gesetzlichen Konzeption der staatlicherseits entstehende Ressourcenaufwand kein zulässiges Argument sein darf.

---

919 BGH, NJW 2005, 1440 (1443 f.).

920 BeckOK-StPO[39]/*Eschelbach*, § 257c Rn. 1.1 mit Verweis auf *Malolepszy*, ZStW 126 (2014), 489 (501).

921 BeckOK-StPO[39]/*Eschelbach*, § 257c Rn. 1.2.

922 Zur Problematik falscher Geständnisse SK-StPO[4]/Velten, § 257c Rn. 4.

923 *Murmann*, ZIS 2009, 526 (532).

924 *Altenhain/Jahn/Kinzig*, Die Praxis der Verständigung im Strafprozess, S. 535.

925 *Altenhain/Jahn/Kinzig*, Die Praxis der Verständigung im Strafprozess, S. 535.

G. Weitere Verfahrensvereinfachungen

Weitere Verfahrensvereinfachungen[926] abseits der Opportunitätseinstellungen lassen hinsichtlich der Gesetzgebungstechnik eine enge Verwandtschaft zur Regelung des § 257c StPO erkennen, denn auch das Strafbefehlsverfahren gem. §§ 407 ff. StPO sowie das beschleunigte Verfahren gem. §§ 417 ff. StPO enthalten keine Normen, die als Einfallstor für Kostenerwägungen fungieren könnten.[927] Gleichwohl war dem Gesetzgeber auch bei der Einführung dieser Vorschriften an der Verfahrensvereinfachung und damit der Kostenschonung gelegen,[928] wobei gerade dem Strafbefehlsverfahren vorgeworfen wird, es klammere wesentliche Verfahrensgarantien aus[929]. Damit lässt sich sagen, dass die genannten Rechtsinstitute unzweifelhaft in den strafprozessrechtlichen Ökonomisierungsdiskurs gehören.[930] Der Rechtsanwender nutzt solche Rechtsinstitute nicht zuletzt zum Zwecke der Reduktion seiner eigenen Arbeitsbelastung.[931] Dies schont staatliche Kosten, da teure Beweiserhebungen häufig unterbleiben können. Man kann hier zudem von einer „mittelbaren“ Kostenschonungswirkung ausgehen, da ohne die Nutzung der gesetzlich vorgesehenen Instrumente zur Verfahrensvereinfachung ab einem gewissen Grad mehr Stellen geschaffen werden müssten. Gleichwohl stellt die Kostenschonung in diesen Rechtsinstrumenten nur eine erwünschte Nebenfolge dar, da der drohende Kostenaufwand im Rahmen der Subsumtion nicht als zulässiges Argument fruchtbar gemacht werden kann.

Zu bedenken bleibt, dass die Kostenschonung kaum als rein positiver Nebeneffekt zu gewinnen ist.[932] Wenn der Gesetzgeber zum Zwecke der Ressourcenschonung gleichwohl derartige Verfahrensvereinfachungen schafft, zeigt sich hieran, dass

[926] Ausführlich hierzu die Arbeit von *Jeney*, Vereinfachtes Strafverfahren mit Hauptverhandlung, S. 4 ff.

[927] Zutreffend zu § 417 ff. StPO *Nestler*, JA 2012, 88 (95). Im Rahmen des Strafbefehlsverfahren wird die kosteneinsparende Wirkung vor allem durch den zwingenden Charakter des § 407 I 2 StPO bewirkt, dazu KK-StPO[8]/Maur, Vor. § 407 Rn. 2.

[928] BVerfG, NJW 2013, 1058 (1068) hält das Strafbefehlsverfahren mit Blick auf das Schuldprinzip für verfassungsrechtlich unbedenklich. *Rabe*, Verständigungsurteil, S. 105 weist insoweit zutreffend darauf hin, dass die Ausführungen des BVerfG in erster Linie den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bezüglich der Berücksichtigung der Ressourcenschonung meinen.

[929] *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 284.1; ausführlich *Fornauf*, Die Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt im System des Strafrechts, S. 144 ff.

[930] Zur Entstehungsgeschichte KK-StPO[8]/Maur, Vor. § 407 Rn. 2.

[931] Die Instrumente zur Verfahrensvereinfachung werden hier exemplarisch als „Klassiker“ herausgegriffen, um aufzuzeigen, dass die StPO in verschiedenen Vorschriften dem Erfordernis der Ressourcenschonung Rechnung trägt. Die Aufzählung ließe sich erweitern. Beispielsweise kann auch die Privilegierung präsenter Beweismittel gem. § 245 I, II StPO als Norm zur Förderung der Ressourcenschonung gedeutet werden, dazu *Arnoldi*, NStZ 2018, 305 (306).

[932] In den gesetzgeberischen Erwägungen kommt dies nur ansatzweise zum Ausdruck, indem dort erwähnt wird, Maßnahmen zur Verfahrensvereinfachung seien zu einem effektiveren Personaleinsatz in der Justiz erforderlich, wodurch aber der Rechtsschutz nicht unangemessen verkürzt

er einen aus seiner Sicht gewichtigen Belang verfolgt.[933] Auch die verfahrensvereinfachenden Rechtsinstitute stellen ein den Willen des Gesetzgebers verkörperndes geltendes Recht dar und tragen somit zum Gesamtgepräge der Strafprozessordnung bei.[934] Dies hat für die Auslegung solcher Vorschriften, die nach ihrem Wortlaut der Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes offen gegenüberstehen, mittelbare Bedeutung, indem eine den Ressourcenaufwand berücksichtigende Auslegung nicht als per se mit dem Strafprozessrecht unvereinbar abgewiesen werden darf.

werden solle, so etwa BT-Dr. 12/1217, S. 19 (Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11.1.1993).

933 Vgl. zum Strafbefehlsverfahren auch die Ausführungen bei BVerfG, NJW 2013, 1058 (1068).

934 *Rabe*, Verständigungsurteil, S. 105 meint, angesichts des modernen Verständnis des BVerfG vom Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" sei die „Berücksichtigung effizienzbezogener, ressourcenschonender Gesichtspunkte bei der Ausgestaltung des Strafverfahrens (…) geradezu überfällig". Hinsichtlich der gesetzlichen Konzeption ist angesichts der hier erörterten Vorschriften zu formulieren, dass die Berücksichtigung der Ressourcenschonung bereits die Realität darstellt. Ähnlich wie hier *Neumann*, Über den Einbruch der Verfahrensökonomie in die Strafprozessordnung, S. 2.

5. Teil: Verfassungskonformer Haushalt? Anmerkungen zur Budgetausstattung durch den Gesetzgeber

Die bisherige Untersuchung hat diverse Konstellationen in verschiedenen Verfahrensabschnitten in den Blick genommen. Eine erkennbare Trennlinie hat sich dabei in der Erkenntnis manifestiert, dass die Problematik der Kostenberücksichtigung im Wesentlichen in zwei verschiedene Sachverhalte aufzuteilen ist. Die Kostenerwägung kann sich entweder zulasten einer grundrechtlichen Position auswirken[935] oder es ist das staatliche Strafverfolgungsinteresse, dem die finanzielle Ausstattung Grenzen setzt[936]. Unabhängig von der zugrunde liegenden Konstellation wurde dabei die grundsätzliche Legitimationsfähigkeit der Berücksichtigung des Kostenaufwandes mit dem Blick auf die Bewältigung anderer Strafverfahren und – einen Schritt weiter gedacht – die Bewältigung anderer Staatsaufgaben begründet. Für die Ebene der Rechtsanwendung kann das sich so ergebende Verteilungsproblem nur bedeuten, dass die im jeweiligen Haushalt ausgewiesenen Mittel auf die zu erledigenden Verfahren verteilt werden müssen, wobei die Grundrechte des Betroffenen

935 Gemeint sind die im zweiten Teil erörterten Konstellationen.

936 Gemeint sind die im dritten und vierten Teil erörterten Konstellationen.

„bestmöglich“ zu wahren sind. Dass das Budget überschritten wird, erweist sich zumindest im Grundsatz als inakzeptable Option, da dies die Entscheidung des Haushaltsgesetzgebers konterkarieren würde.

Diese Überlegungen unterstellen aber als Grundbedingung, das zur Strafverfolgung zur Verfügung gestellte Budget sei als solches zumindest nicht derart gering, dass es die Grenze zur Verfassungsinkonformität überschreiten würde. Ohne Zugrundelegung dieser Annahme kann der Rückzug auf die für sich gesehen selbstverständliche Aussage, finanzielle Mittel stünden für die staatliche Aufgabenerfüllung nur in endlichen Größen zur Verfügung, nicht legitim sein. Der Verweis auf die Notwendigkeit der Erfüllung anderer Staatsaufgaben würde ad absurdum geführt, wenn er zur Konsequenz hätte, dass für die Staatsaufgabe Strafverfolgung selbst keine finanziellen Mittel in hinreichender Höhe übrig blieben. Die Wahrung der Haushaltsautonomie ist deshalb nur schützenswert, solange sich in der finanziellen Ausstattung keine rechtswidrige gesetzgeberische Entscheidung perpetuiert. Nun erhitzt aber gerade die (unzureichende) finanzielle Ausstattung der Strafjustiz regelmäßig die Gemüter.[937] Soweit diese Diskussion im Rahmen moralischer und politischer Argumente ausgefochten wird, dürfen daraus zumindest für die Beurteilung der Rechtslage keine Schlüsse gezogen werden. Wo verläuft aber die Grenze eines geringen, jedoch eben noch rechtlich zulässigen Budgets für die Staatsaufgabe Strafverfolgung?[938] Zur Beantwortung dieser Frage sollen im Folgenden zumindest einige Anmerkungen übergeordneter Art gemacht werden.

A. Differenzierung rechtlicher und politischer Argumente

In welcher Höhe finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt werden, ist in erster Linie eine politische Frage.[939] Das politische Ermessen ist in rechtlicher Hinsicht nicht angreifbar, solange keine konkreten Rechtssätze entgegenstehen. Letztere können die dem Staat obliegende Schutzpflicht[940] gegenüber seinen Bürgern sowie das Untermaßverbot[941] sein.[942] Abseits solcher Restriktionen sind aber die politischen Entscheidungsträger unter rechtlichen Gesichtspunkten in der Ausgestaltung des Budgets frei. Zunächst ist es ohne Weiteres zulässig, dass der Erfüllung bestimmter Staatsaufgaben durch Zuweisung entsprechender finanzieller Mittel ein höheres Gewicht als der Erfüllung anderer Staatsaufgaben zugemessen wird. Die Diskussion

937 Sehr kritisch etwa BeckOK-StPO[39]/*Eschelbach*, § 257c Rn. 1.8.

938 *Gössel*, in: FS Böttcher, 79 (80) geht das Problem in organisatorischer Hinsicht an, indem er vorschlägt, die Justiz solle einen direkt vom Parlament bewilligten Haushalt erhalten, auf den die Exekutive keinen Einfluss nehmen könne.

939 Passend dazu wird in BVerfG, NJW 1989, 2457 davon gesprochen, dass der Haushaltsplan „die Regierungspolitik in Zahlen wiederspiegelt“.

940 Dazu etwa BVerfG, NJW 1979, 359 (363); *Landau* NStZ 2007, 121 (126 f.).

941 Dazu etwa Klein, JuS 2006, 960 ff.

942 Zur Prüfung dieser Instrumente siehe unten unter D. II.

der Frage, ob die finanziellen Kraftanstrengungen des Gesetzgebers im Bereich der Strafverfolgung ausreichen, sollte daher mit dem Hinweis eingeleitet werden, dass die Trennung politischer und rechtlicher Argumente eingehalten werden muss. Insoweit ist zu beachten, dass im Ausgangspunkt weder die Verfassung noch die Strafprozessordnung einen Rechtssatz enthalten, dem entnommen werden könnte, der Gesetzgeber schulde ein „optimales" Strafverfahren.[943] Exemplifizieren lässt sich dies im deutschen Strafprozessrecht etwa an dem Umstand, dass trotz der dreigliedrigen Struktur des Erkenntnisverfahrens der eröffnende Richter zugleich auch die Funktion des erkennenden Richters einnimmt, obwohl es sich der Sache nach um zwei zu trennende Funktionen handelt. „Gerechter" erscheint es unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Voreingenommenheit[944], den eröffnenden Richter nicht in Personalunion mit dem erkennenden Richter zu setzen.[945] Dass Verbesserungen in puncto Gerechtigkeit im deutschen Strafverfahren möglich sind, steht also ebenso außer Frage wie die Erkenntnis, dass die Kritik an einer Praxis, die Eingriffe und Verkürzungen bei Beschuldigtenrechten durch die steigende Arbeitsbelastung der Organe der Strafrechtspflege rechtfertigen will, ihre grundsätzliche Berechtigung hat.[946] Daraus folgt aber nicht automatisch, dass der Gesetzgeber durch die Bereitstellung geringer finanzieller Mittel die Grenze zur Rechtswidrigkeit überschreitet und daher unter rechtlichen Gesichtspunkten zur Abänderung der Lage verpflichtet ist. Dieser Aspekt scheint im Rahmen der Diskussion zuweilen unvollständig dargestellt zu werden. Beispielsweise ist die Aussage, es sei nicht akzeptabel, aus dem Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" heraus die Beschränkung von Freiheitsverbürgungen mit Hinweis auf die Überlastung der Strafjustiz zu rechtfertigen, während der Anteil der Ausgaben für die Rechtspflege marginal sei und in beklagenswertem Widerspruch zu dieser grundlegen Staatsaufgabe stehe,[947] begrüßenswert. Kritisiert man aber die finanzielle Ausstattung der Justiz mit dem Hinweis, die Legitimation aus dem Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" sei deplatziert, stellt sich zugleich die Frage, ob dem Gesetzgeber aufgrund seines

---

943 Ähnlich *Götz*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 85 Rn. 28, der mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip, die „Spielräume bei der Erfüllung des Sicherheitsauftrages" betont. Trotz verbleibender Spielräume ist daran zu erinnern, dass sich gerade im Strafprozessrecht der Grad der Rechtstaatsverwirklichung im gesamten Staat widerspiegelt. Das BVerfG spricht deshalb vom Strafprozessrecht als angewandtem Verfassungsrecht, so etwa in BVerfGE 32, 373 (383). In der Literatur ist auch die Formulierung „Seismograph der Staatsverfassung" gängig, so etwa bei *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., § 2 Rn. 1.

944 Zu Schulterschluss- und Perseveranzeffekten *Schünemann*, in: Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger, Verfahrensgerechtigkeit, S. 215 (231). Ähnlich auch der sogenannte „Ankereffekt", dazu *Steinbeck/Lachenmaier*, NJW 2014, 2086 (2088 f.).

945 In diese Richtung tendierend auch *Loritz*, Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens, S. 56 f.; ablehnend Meyer-Goßner, ZRP 2000, 345 (347).

946 *Wohlers*, NJW 20120, 2470 (2472) meint etwa, aus dem Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" dürfe eine Verkürzung der Beschuldigtenrechte nur legitimiert werden, wenn das System der Strafrechtspflege einzubrechen drohe.

947 *Rieß*, StraFo 2000, 364 (367).

Verhaltens tatsächlich ein Verstoß gegen geltendes Recht vorzuwerfen ist und worin dieser konkret bestehen könnte. Das Ergebnis einer solchen Überlegung hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob die im Haushaltsplan für die Strafverfolgung ausgewiesenen finanziellen Anstrengungen derart gering sind, dass sie das Etikett der Verfassungswidrigkeit tragen müssen.

Wann ein rechtspolitisches Argument bei der Erörterung der (un)zureichenden finanziellen Ausstattung der Strafjustiz die Hürde zur rechtlichen Bedeutsamkeit überschreitet, erscheint schon nach diesem kurzen Überblick als eine gleichermaßen schwierige wie bedeutende Fragestellung.

B. Rechtstheoretische Hintergründe

I. Legalitätsprinzip und Grundrechte als Optimierungsgebote

Biegt man auf die rechtliche Dimension der Diskussion ein und sucht erste Weichenstellungen, hilft zunächst die Erkenntnis, dass die auf dem Spiel stehenden rechtlichen Belange – das Strafverfolgungsinteresse einerseits und die Grundrechte des von staatlicher Strafverfolgungstätigkeit betroffenen Individuums andererseits – keine absolute Geltung beanspruchen können.[948] Sie sind nicht abwägungsfest, sondern lassen sich in rechtstheoretischer Hinsicht als Optimierungsgebote einordnen. Als Optimierungsgebote (Prinzipien) versteht *Alexy* solche Normen, deren Aussagegehalt in einem möglichst hohen Maß verwirklicht werden soll, wobei das Maß von der tatsächlichen und rechtlichen Umsetzbarkeit abhängig ist.[949] Demgegenüber seien Regeln solche Normen, die entweder gelten oder nicht gelten.[950] Diese Prinzipientheorie *Alexys* ist durch einige Autoren weiter spezifiziert worden[951] und hat sich in diversen Nuancen gewandelt.[952] Sie sieht sich auch scharfer Kritik ausgesetzt.[953] Ohne den Grundsatzstreit ein weiteres Mal erörtern zu wollen, lässt sich im hier untersuchten Zusammenhang erkennen, dass der Differenzierung *Alexys* eine gewinnbringende Plausibilität bescheinigt werden darf: Besprochen wurden sowohl rechtliche Instrumentarien, die sich eher mit einem „mehr oder weniger" erfassen lassen (namentlich: das Legalitätsprinzip, das Prinzip der materiellen Wahrheit und die Grundrechte), als auch solche rechtliche Instrumentarien, bei denen

---

[948] Ausgenommen hiervon ist die abwägungsfeste Menschenwürde aus Art. 1 I GG, siehe dazu etwa *Barczak*, JuS 2021, 1 (4).

[949] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 f.

[950] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 76.

[951] Beispielsweise die Arbeit von *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl.

[952] *Poscher*, RW 2010, 349 spricht angesichts mehrerer Ausarbeitungen bezüglich der Thematik gar von einer kleinen „Prinzipientheorienindustrie".

[953] Sehr kritisch *Poscher*, RW 2010, 349 (371): „Die Argumentation verstrickt sich in deutlich hervortretende Fehler oder bestenfalls in Trivialitäten, die zur Erklärung der die Prinzipientheorie beschäftigenden normativen Phänomene nichts beitragen."

alleine die Auslegung darüber entscheidet, ob das Kostenargument berücksichtigt werden konnte (namentlich etwa: „öffentliches Interesses“ gem. § 153 I 1 StPO; „Unerreichbarkeit“ gem. § 244 III 3 Nr. 5 StPO).

Der Grad der Verwirklichung des Strafverfolgungsinteresses und der Grundrechte ist jeweils von den finanziellen Rahmenbedingungen abhängig, wobei beide Prinzipien eine möglichst optimale Durchsetzung suchen.[954] Das Bestreben, die Verwirklichung möglichst optimal zu gestalten, stellt nur die Schlussfolgerung der Erkenntnis dar, dass ein vollständiges Optimum, das heißt die Abwesenheit jeglicher Abstriche bei der Verwirklichung der Prinzipien, praktisch nicht erreicht werden kann. Abseits der berechtigten Frage, wie viel durch eine Theorie, die „alles erklärt“[955], gewonnen wird, lässt sich hinsichtlich der Wirkweise von Kostenerwägungen im Strafprozessrecht festhalten, dass der Rekurs *Alexys* auf Prinzipien als Optimierungsgebote nicht nur passend erscheint, sondern auch mit einer Fehlannahme aufräumt: Es zeigt sich auf diesem Wege, dass der Lösung mithilfe apodiktisch formulierter Thesen nicht näher zu kommen ist.[956] Das gilt beispielsweise für die Aussage, die zur Strafverfolgung erforderlichen Mittel müssten schlicht durch den Gesetzgeber und die Justizverwaltungen bereitgestellt werden.[957] Auch der Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH, wonach der In-dubio-pro-reo Grundsatz nicht angewendet werden darf, solange ein geeignetes Beweismittel zur Verfügung steht,[958] erscheint vor dem Hintergrund, dass die Pflicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit ein Prinzip und keine Regel verkörpert, missverständlich. Die Frage, welche Bemühungen der Gesetzgeber im Mindestmaß in finanzieller Hinsicht erbringen muss, kann so nicht sinnvoll eingegrenzt werden. Dies wäre nur der Fall, wenn die Wahrheitsermittlungspflicht und das Legalitätsprinzip unbedingt und damit nach der Vorgabe „Koste es, was es wolle“, verwirklicht werden müssten. Eben dies ist aufgrund der Klassifizierung als Optimierungsgebote nicht der Fall. Rechtsmeinungen, die sich pauschal gegen die Berücksichtigung des Kostenarguments stellen, sind deshalb schon im Ausgangspunkt ungeeignet, das bestehende Problem in hinreichender Komplexität zu erfassen.

---

954 *Couzinet*, JuS 2009, 603 (604) formuliert das Aufeinandertreffen zweier Prinzipien zutreffend wie folgt: „Was definitiv gesollt ist, kann erst bestimmt werden, wenn ermittelt ist, inwieweit dem Prinzip gegenläufige Prinzipien oder Regeln entgegenstehen.“

955 Begriff nach *Klement*, JZ 2008, 756.

956 Wie hier auch *Afshar*, Strafprozessuale Pragmatik und Normdeutung, S. 312.

957 KK-StPO[8]/Diemer, § 152 Rn. 4.

958 *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 284 mit Verweis auf BGHSt 13, 326 (328).

II. Bedeutung der Differenzierung von Prinzip und Regel für Kostenerwägungen im Strafprozessrecht

Zugleich macht die von *Alexy* vorgenommene Differenzierung von Prinzipien und Regeln begreifbar, dass sich Einfallstore für die Berücksichtigung von Kostenerwägungen im Strafprozessrecht in methodischer Hinsicht auf zwei verschiedenen Wegen ergeben können:

Im Rahmen der ausformungsbedürftigen Prinzipien des Legalitätsprinzips und der Grundrechte sind staatlicherseits entstehende Kosten stets mitzudenken, da der Grad der Erfüllung nur in einem „mehr oder weniger" gemessen werden kann und daher zwingend unter anderem von den finanziellen Rahmenbedingungen abhängt. Anders verhält es sich im Bereich der einfachen Regeln, die nicht zu den tragenden Pfeilern des Strafprozessrechts zu zählen sind. Im Bereich solcher Regeln[959] ist die Kostenberücksichtigung nur möglich, wenn der Wortlaut der einschlägigen Vorschrift einer kostenberücksichtigenden Auslegung offen gegenübersteht.[960] Ist dies nicht der Fall, darf der Kostenaufwand keine Rolle spielen und auch nicht aus „übergeordneten Belangen" in die Vorschrift hineingelesen werden. Eine Auslegung, die sich dieser Erkenntnis verschließt, misst der betroffenen Norm einen nicht existenten Bedeutungsgehalt bei und ist als contra legem auszuweisen. Ein genereller „Notausstieg Prozessökonomie"[961] darf somit im Bereich der Regeln nicht vorgenommen werden. Diese Maßgabe soll an einem weiteren, bisher ausgesparten Beispiel expliziert werden.

III. Beispielsfall: Kostenerwägung im Rahmen einer Regel

Ein klassischer strafprozessrechtlicher Anwendungsfall aus dem Spannungsfeld zwischen dem Kostenargument und der Grundrechtsgewährleistung ist die Frage, ob aufgrund einer nicht nur vorübergehenden Überlastung des Gerichts die Untersuchungshaft aufrechterhalten werden darf. Das BVerfG hat schon im Jahr 1973 den Standpunkt vertreten, eine solche Überlastung könne die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft unter dem Gesichtspunkt eines anderen wichtigen Grundes gem. § 121 I StPO nicht rechtfertigen.[962] Der Staat könne sich gegenüber dem Beschuldigten nicht darauf berufen, dass er seine Gerichte nicht so ausstatte, wie es erforderlich sei, um die anstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerung zu

959 Gemeint sind hier beispielsweise die Begriffe „Unerreichbarkeit" gem. § 244 III 3 Nr. 5 StPO und „öffentliches Interesse" gem. § 153 I 1 StPO.

960 Zutreffend bezüglich des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 121 Rn. 20.

961 Begriff nach *Pflughaupt*, Prozessökonomie, S. 307.

962 BVerfG, NJW 1974, 307 (308).

bewältigen. Vielmehr sei es die Aufgabe des Staates, im Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die nötig seien, um einer Überlastung der Gerichte vorzubeugen.[963] Diese Auffassung gilt bis heute.[964]

Interessant ist, dass es zu der Entscheidung aus dem Jahr 1973 auch ein Sondervotum von drei Richtern gab, das seine Einleitung in dem Hinweis fand, es sei nicht die Aufgabe des BVerfG, Rechtspolitik zu betreiben.[965] Das Sondervotum bemühte sich um eine abweichende Auslegung des wichtigen Grundes gem. § 121 I StPO. Dieser könne nicht aus solchen Umständen folgen, die von den Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichten nicht beherrschbar sind. Gemeint ist damit, dass ein Gericht seine grundsätzliche personelle und sachliche Ausstattung nicht beeinflussen kann. Das Sondervotum nimmt an dieser Stelle eine Grenzziehung vor: Für maßgeblich hält es, dass das Gericht alle in seiner Macht stehenden Mittel ausgeschöpft hat, nicht hingegen, ob der Gesetzgeber zu einer besseren Ausstattung des Gerichts verpflichtet gewesen wäre. In diesem Sinne folgerichtig betont das Sondervotum in seinem Schlusssatz, dass „von Verfassungs wegen nicht gefordert werden [kann], daß Parlament, Haushaltsausschuß und Justizministerium alles zur Beseitigung einer Überlastung der Gerichte in Strafsachen Erforderliche getan haben müssen, damit im Falle einer auf eine Unterlassung jener Stellen zurückzuführenden Verzögerung eines Schwurgerichtsverfahrens die Haft nach § 121 Abs. 1 StPO aufrechterhalten werden kann“[966]. Anders als das Hauptvotum kam das Sondervotum im Rahmen der Auslegung deshalb zu dem Ergebnis, dass eine unzureichende Ausstattung der Gerichte grundsätzlich einen wichtigen Grund gem. § 121 I StPO darstellen kann. Relativiert wurde diese Annahme im Ergebnis durch den Hinweis, dass nach der Bejahung des wichtigen Grundes eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden müsse.[967]

An diesem Beispiel zeigt sich, dass die von *Alexy* eingeführte Differenzierung zwischen Prinzipien und Regeln bezüglich der Erörterung des Kostenarguments im Strafprozessrecht sachdienlich und in methodischer Hinsicht ein Gewinn ist.

Der wichtige Grund gem. § 121 I StPO kann nur zu bejahen oder zu verneinen sein. Die Vorschrift lässt sich leicht in einen Tatbestand und eine Rechtsfolge gliedern, sodass es sich um eine Regel handelt. Die Berücksichtigung des staatlichen Kosteneinsatzes als Rechtsargument hängt demzufolge von der Auslegung des wichtigen Grundes gem. § 121 I StPO ab. Ausschließlich auf diesem Wege darf das Kostenproblem erörtert werden; einem Verweis auf eine Abwägung mit „übergeordneten Belangen“, die „Prozessökonomie“ oder auf den „Vorbehalt des Möglichen“[968] ist der Weg versperrt.

[963] BVerfG, NJW 1974, 307 (309).
[964] Etwa BVerfG, 30.07.2014 - 2 BvR 1457/14, BeckRS, Rn. 23; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 20. Dezember 2017 – 2 BvR 2552/17 –, juris, Rn. 18.
[965] BVerfG, NJW 1974, 307 (309).
[966] BVerfG, NJW 1974, 307 (310).
[967] BVerfG, NJW 1974, 307 (310).
[968] Begriff nach *Mehde*, Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen.

Die vertretenen Meinungen gelangten im vorliegenden Fall zu divergierenden Auslegungsergebnissen, sodass aufzuzeigen bleibt, welches Ergebnis aus welchen Gründen das zutreffende ist.

Das Hauptvotum trifft im Ergebnis zu. Die unzureichende Ausstattung eines Gerichts kann keinen wichtigen Grund gem. § 121 I StPO begründen, da die Ausstattung von Gerichten einen durch den Staat beeinflussbaren Umstand darstellt, wohingegen die anderen in § 121 I StPO genannten Gründe sich auf Einzelfallumstände beschränken, die von staatlicher Seite nicht beherrscht werden können.[969] Auch hier muss gelten, dass aus dem fraglos existenten Problem der Mittelknappheit kein Unmöglichkeitsfall konzipiert werden darf. Das Sondervotum, das darauf abstellt, dass die Mittelknappheit nicht durch das entscheidende Gericht beherrscht werden kann,[970] berücksichtigt nicht hinreichend, dass das erkennende Gericht zwingend dem Staat zugerechnet werden muss und nicht als dritter Akteur neben dem Inhaftierten und dem Haushaltsgesetzgeber anzuerkennen ist. Die Annahme des Hauptvotums, auf eine weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung komme es nicht mehr an,[971] ist folglich im Ergebnis zutreffend, weil der wichtige Grund gem. § 121 I StPO schon tatbestandlich nicht vorliegt.

Zu erinnern bleibt gleichwohl, dass der Gesetzgeber nicht per se gehindert ist, die Knappheit staatlicher Ressourcen durch eine entsprechende Formulierung im Gesetz zum Tatbestandsmerkmal zu erheben. Dies hat sich beispielsweise am Wortlaut bestimmter Ermittlungsmaßnahmen, die eine Subsidiaritätsklausel enthalten, und in besonders eindeutiger Weise an § 421 I Nr. 3 StPO[972] gezeigt. Selbst wenn aber der Wortlaut des § 121 I StPO so formuliert wäre, dass eine Berücksichtigung der Ressourcenknappheit möglich wäre, könnte eine entsprechende Betonung desselben kein tragendes Gewicht erlangen, da es um die Rechtfertigung der fortdauernden Inhaftierung eines Menschen geht, für den die Unschuldsvermutung streitet. Zwar ist in einem allgemeinen Sinn richtig, dass am Ende die Erkenntnis steht, dass der Staat die Grundrechtsverwirklichung nicht unbedingt, sondern nur unter Berücksichtigung seiner finanziellen Möglichkeiten bewerkstelligen kann. Selbst in finanziellen Krisenzeiten wie der Corona-Pandemie ist es aber dem Gesetzgeber trotz seines Budgetrechts abzuverlangen, die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft nicht mit dem Argument der „knappen Kasse“ zu rechtfertigen.[973] Bevor dieses Ar-

---

969 Im Hauptvotum, BVerfG, NJW 1974, 307 (309), ist ein gewisses Unbehagen des Gerichts erkennbar, wenn es von „vermeidbaren“ Verzögerungen spricht und betont, es sei die Aufgabe des Staates „im Rahmen des Zumutbaren“ Maßnahmen zu treffen, um einer Überlastung der Gerichte vorzubeugen. Diese Andeutungen zeigen, dass das BVerfG durchaus die Tatsache gesehen hat, dass seine Entscheidung die Haushaltsautonomie zum Zurücktreten zwingt.

970 BVerfG, NJW 1974, 307 (310).

971 BVerfG, NJW 1974, 307 (308).

972 Dort wirkt sich die Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes allerdings zugunsten des Grundrechtsträgers aus.

973 Die Anordnung der Untersuchungshaft ist die Ultima Ratio, zutreffend BeckOK-StPO[39]/Krauß, § 112 Rn. 1. Mit diesem Charakter ist der Verweis auf die Kassenlage nicht vereinbar.

gument im Rahmen der Rechtfertigung intensivster Grundrechtseingriffe Gewicht gewinnen könnte, müsste der jeweilige Hoheitsträger zunächst finanzielle Mittel aus anderen Budgetposten umschichten.[974] Erhebt der Gesetzgeber die Schonung seiner Ressourcen innerhalb des einfachen Rechts zum Tatbestandsmerkmal, muss diese Entscheidung also selbstverständlich auch einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen werden, indem untersucht wird, ob im jeweiligen Sachzusammenhang die Argumentation mit dem staatlicherseits entstehenden Ressourcenaufwand zulässig ist. Dies wäre im Fall einer Berücksichtigung der Überlastung der Justiz im Rahmen des § 121 I StPO zu verneinen.[975]

C. Grundrechte unter Finanzierungsvorbehalt

Eine weitere wesentliche Erkenntnisquelle für die Frage, welche finanziellen Anstrengungen der Gesetzgeber im Mindestmaß schuldet, liegt in dem Umstand, dass im Strafprozessrecht im Rahmen der Abwägung in vielen Konstellationen Fragen zur Disposition stehen, die eine bedeutende Grundrechtsrelevanz erkennen lassen.[976]

Insoweit gewinnt ein dem Verfassungsrecht entstammendes Problem an Bedeutung, nämlich die Frage, ob und inwieweit die Gewährleistung von Grundrechten von den finanziellen Rahmenbedingungen des Staates abhängig gemacht werden darf.[977] Die Frage wird unterschiedlich beantwortet, wobei nachfolgend versucht werden soll, aus den sich gegenüberstehenden Grundmeinungen Erkenntnisse für den hiesigen Untersuchungsgegenstand zu gewinnen.[978]

I. Unbedingte Gewährleistung von Abwehrgrundrechten

Einige Autoren stellen sich auf den zugegebenermaßen trennscharfen Standpunkt, die Freiheit als solche koste nichts und könne ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Situation des Staates unbedingt gewährleistet werden.[979] Diese Auffassung setzt als Grundannahme, dass erstens zwischen Abwehr- und Leistungsgrundrechten unterschieden werden kann und zweitens nur die Leistungsgrundrechte beziehungsweise sozialen Grundrechte staatliche Kosten verursachen.[980] Geht man diesen Schritt mit,

---

974 Ähnlich *Nitz*, Private und öffentliche Sicherheit, S. 378 mit Verweis auf *Seewald*, Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 229; *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 140 ff. geht der Überlegung nach, wie eine solche Umschichtung erfolgen könnte.

975 So auch im Ergebnis das Hauptvotum in BVerfG, NJW 1974, 307 (308).

976 Namentlich in den im zweiten Teil erörterten Konstellationen.

977 Dazu bereits BVerfG, NJW 1963, 755 (756): „[…] Grundrechte bestehen nicht nur nach Maßgabe dessen, was an Verwaltungseinrichtungen üblicherweise vorhanden oder an Verwaltungsbrauch ‚vorgegeben' ist."

978 Ausführlicher hierzu *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 39 ff. Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an der dortigen Vorgehensweise.

979 So ausdrücklich *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 192 Rn. 64.

980 *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 40.

ist es eine logische Konsequenz, dass Leistungsgrundrechte abhängig und Abwehrrechte unabhängig von der finanziellen Verfasstheit des Staates gewährt werden. Man kann dann im Ergebnis davon sprechen, dass Leistungsrechte finanzwirksam und Abwehrrechte finanzneutral sind.[981]

Dieser Auffassung kann man zumindest nicht vollends zustimmen, weil die markante These, die Freiheit koste nichts, die Problemstellung nicht hinreichend erfasst. So hat die bisherige Untersuchung gezeigt, dass gerade die Reichweite eines Abwehrrechts von der Kostenfrage abhängig sein kann: Wird im Falle zweier zur Verfügung stehender Maßnahmen gegen einen Beschuldigten die mildere, aber kostenintensivere Maßnahme gewählt, geschieht dies zum Zwecke der Aufrechterhaltung der grundrechtlichen Position gegenüber einem staatlichen Eingriffsverhalten. Die Gewährleistung von Freiheit verursacht dann Kosten. Die These von der Finanzneutralität der Abwehrrechte ist nur richtig, wenn man als Alternativverhalten das gänzliche Unterbleiben der Ermittlungsmaßnahme anerkennt. Dies ist jedoch jedenfalls im Bereich des Strafprozessrechts keine zielführende Überlegung, da der Staat seinerseits aus dem Rechtsstaatsprinzip zur Strafverfolgung verpflichtet ist[982] und von dem Eingriffsverhalten nicht absehen darf. Es gibt folglich unweigerlich Sachverhaltskonstellationen, in denen der Staat dem Betroffenen seine Freiheit nicht in Gänze belassen kann.[983] Ist die Vornahme des Eingriffs als solche zwingend, kann die Abmilderung des notwendigen Eingriffs dem Staat Kosten verursachen.[984]

Müsste ein Abwehrrecht vollkommen unbedingt gewährleistet werden, dürfte der Staat zudem das Kostenargument niemals bemühen. Jede auch noch so unvernünftig und unerträglich erscheinende Belastung des Haushalts müsste bei konsequenter Einhaltung dieser Logik akzeptiert werden.[985] Berücksichtigt man die entstehenden Kosten hingegen in irgendeiner Weise, geht damit die Anerkennung der Finanzwirksamkeit von Abwehrrechten einher, sodass von einer Finanzneutralität von Abwehrrechten nicht ausgegangen werden kann. Die Richtigkeit dieser Überlegung lässt sich schließlich an der gegenüberliegenden Kategorie – den Leistungsgrundrechten – belegen, für die *Wischmeyer* ein einleuchtendes Beispiel liefert. Ein Leistungsgrundrecht ist nämlich nicht immer finanzwirksam in dem Sinne, dass die Gewährleistung von der Verfügbarkeit staatlicher Mittel abhängig ist.[986] So gewährt

[981] Terminologie nach *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 40.
[982] BVerfG, NJW 2006, 976 (980).
[983] Zutreffend Möstl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 179 Rn. 1.
[984] Dies wird von *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 192 Rn. 64 mit Verweis auf BVerfGE 77, 84 (110 f.) auch nicht übersehen, was dann aber mit der These, die Freiheit als solche koste nichts, schwer vereinbar erscheint.
[985] Wie sich an BVerfG, NJW 1988, 1195 (1197) zeigt, hält auch das BVerfG eine solche Denkweise für verfehlt.
[986] *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 42 Fn. 148.

etwa das Grundgesetz in Art. 7 IV 3 GG einen Anspruch auf die Genehmigung einer Privatschule, was dem zuständigen Hoheitsträger abgesehen von den für das Genehmigungsverfahren erforderlichen Mitteln zunächst keine Kosten verursacht.[987]

Somit lässt sich feststellen, dass sowohl die Gewährleistung von Abwehr- als auch von Leistungsgrundrechten finanzwirksam ist. Die Finanzwirksamkeit kann demzufolge bei der Erörterung der Reichweite von Abwehrrechten zumindest nicht vollständig ausgeklammert bleiben.

Vielmehr überzeugt im Ausgangspunkt für Leistungsgrundrechte und Abwehrrechte gleichermaßen, dass sie nur insofern gewährleistet werden können, als der Staat hierzu durch seine finanzielle Konstitution auch tatsächlich imstande ist.

II. Vorbehalt des Möglichen

Dieser Erkenntnis folgend geht die Gegenauffassung davon aus, dass die Grundrechtsverwirklichung sich stets auf das beschränken müsse, was der Einzelne „vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen“ könne.[988] Die Grundrechtsgewährleistung steht so gesehen unter einem Vorbehalt des Möglichen.[989] *Wischmeyer* charakterisiert diesen Vorbehalt sehr plastisch dahingehend, dass nach dieser Auffassung dem Staat eine Art Einrede zustehe, mithilfe derer er übermäßige Forderungen des Grundrechtsträgers zurückweisen könne.[990]

Dieser Kernaussage lässt sich in inhaltlicher Sicht wenig entgegnen.[991] Dass der Staat keine übermäßigen Forderungen eines Grundrechtsträgers erfüllen muss, scheint eine Selbstverständlichkeit zu beschreiben. Die Einrede bietet für sich gesehen auch noch keine rechtliche Übersetzung der Frage, wie der Vorbehalt des Möglichen geprüft und ab welchem Kostenmehraufwand er eingreifen soll.[992] Dieses methodische Problem wird von Vertretern der Auffassung gelöst, indem der Vorbehalt des Möglichen als Abwägungsproblem verstanden wird. Dies habe zur Folge, dass der Grundrechtsschutz mit der Haushaltsautonomie abgewogen werden müsse.[993]

Auch wenn durch diese Auffassung noch keine näheren Festlegungen greifbar erscheinen, ist ihr in ihrer Ausgangsidee zuzustimmen, denn in der Tat besteht zwischen dem Grundrechtsschutz und der Haushaltsautonomie ein allgegenwärtiges Spannungsfeld, das sich nicht anders als auf dem Wege der Abwägung auflösen

---

987 *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 42 spricht diesbezüglich vom „rechtsinfrastrukturellen Minimalbetrag“.

988 BVerfG, NJW 1988, 1195 (1197).

989 So etwa für den Bereich abwehrrechtlicher Schutzpflichten *Isensee*, in: Ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts^3, § 191 Rn. 219, wonach unvermeidliche Restrisiken hinzunehmen seien.

990 *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 44.

991 So ist es vermutlich auch eher das Anliegen Murswieks, die Verwirklichung von Abwehrrechten nicht von der gegenwärtigen Konjunkturlage abhängig zu machen, wie es für Leistungsrechte gerade typisch ist.

992 *Pflughaupt*, Prozessökonomie, S. 149 f.; *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 45.

993 *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., S. 444. Seine Äußerungen beziehen sich allerdings auf soziale Grundrechte.

lässt. Die im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Konstellationen zeigen, dass die Annahme, der Grundrechtsschutz bestehe „nicht nur nach Maßgabe dessen, was an Verwaltungseinrichtungen üblicherweise vorhanden […] ist“,[994] zwangsläufig mit der Erkenntnis kollidiert, dass eine völlig bedingungslose Gewährleistung von Abwehrrechten ebenfalls nicht in Betracht kommen kann. Auch das BVerfG weist zutreffend darauf hin, dass eine solche Forderung mit dem Gleichheitssatz und der Gemeinwohlverpflichtung des Einzelnen nicht in Einklang zu bringen wäre.[995] Gleichzeitig macht die Betonung des Abwägungserfordernisses deutlich, dass auch die Haushaltsautonomie beziehungsweise das Budgetrecht keine absolute Geltung für sich beanspruchen können. Nichtsdestotrotz scheint schon aus dem Argument der Gewaltenteilung zwingend, dass einem Haushalt, der durch ein demokratisch legitimiertes Parlament verabschiedet wurde, Geltung eingeräumt werden muss, womit auch dieser Maßgabe Verfassungsrang zuzumessen ist.[996] Im Grundsätzlichen geht es dann um die Herstellung eines Ausgleiches auf dem Wege praktischer Konkordanz zwischen grundrechtlicher Position einerseits und Budgetrecht des Gesetzgebers andererseits.[997]

III. Abwägungsunsicherheit

Berechtigterweise wird gegen das Abwägungsmodell eingewandt, dass es mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist. Insbesondere ist schwer feststellbar, in welchem Maße die Haushaltsautonomie Schaden leidet, da die Grundrechtsprüfung zunächst immer von einem Einzelfall ausgeht, wohingegen sich die Haushaltsautonomie eher auf einer abstrakten, über dem Einzelfall stehenden Ebene bewegt.[998]

Bezogen auf den hier zu erörternden Untersuchungsgegenstand dürfte aber die folgende Leitlinie Orientierung stiften: Im Strafprozessrecht können regelmäßig die Abwehrrechte in ein Spannungsfeld zur Haushaltsautonomie treten. Auch wenn Leistungsrechte nicht immer finanzwirksam und Abwehrrechte nicht immer finanzneutral sind, bleibt es in der Grundtendenz richtig, dass die Gewährleistung eines Leistungsrechts eher als diejenige eines Abwehrrechts von der „Kassenlage“ abhängig gemacht werden darf. Gewährt man jeder Maßnahme, die auch nur minimale Kosten gegenüber der Verwendung einer anderen Maßnahme einspart, den Vorzug, stellt man Abwehrrechte de facto unter einen verfassungswidrigen Finanzierungsvorbehalt.[999] Um die Vermeidung eines solchen Effekts geht es dem BVerfG offensichtlich auch in der soeben angesprochenen Rechtsprechung zum Recht der Untersuchungshaft: Es soll vermieden werden, dass Grundrechte nur im Rahmen

994 BVerfG, NJW 1963, 755 (756).
995 BVerfG, NJW 1988, 1195 (1197).
996 Zutreffend *Mehde*, Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen, S. 53 ff.
997 Zutreffend bezüglich des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts³, § 121 Rn. 29, 31.
998 Zum Vorstehenden *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 47.
999 Zutreffend *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 298 f.

des an Verwaltungseinrichtungen Verfügbaren Wirkung entfalten.[1000] Mit der Abwägung zwischen der Gewährleistung von Abwehrrechten und der Einhaltung der Haushaltsautonomie ist folglich behutsam umzugehen; im Regelfall muss sich die abwehrrechtliche Position durchsetzen. Ausgehend von dem Grundsatz, dass ein eng verstandener Finanzierungsvorbehalt von Abwehrrechten zu vermeiden ist, erweist es sich deshalb auch aus grundrechtstheoretischer Perspektive als richtig, dass im Bereich der Ermittlungsmaßnahmen auf die günstigere, aber grundrechtsintensivere Maßnahme nur in außergewöhnlichen Fällen ausgewichen werden darf.

Für die Frage, wie ein geringer, aber verfassungskonformer Haushalt im Bereich der Staatsaufgabe Strafverfolgung auszusehen hat, kann auf Basis dieser Erkenntnisse dennoch nur eine vage und praktisch unbrauchbare Mindestanforderung formuliert werden: Da das Strafverfahrensrecht nach seinem Gegenstand zwangsläufig mit Eingriffen in Abwehrrechte verbunden ist, müssen finanzielle Mittel in einem solchen Umfang vorhanden sein, dass die Wahl der günstigeren, aber grundrechtsintensiveren Maßnahme die begründete Ausnahme bleibt.

D. Maßstäbe einer verfassungskonformen Mittelausstattung

Versucht man nun auf Basis der gefundenen rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Erkenntnisse das Problem einer unzureichenden Mittelausstattung zu konkretisieren, ist eingangs festzuhalten, dass eine solche bedeutet, dass der Gesetzgeber weniger tut als er zu tun verpflichtet ist, sodass man von einem partiellen gesetzgeberischen Unterlassen sprechen kann.[1001] In solchen Fällen ist zu prüfen, ob durch das gesetzgeberische Unterlassen das Untermaßverbot verletzt wird.[1002] Dabei ist zu erinnern, dass sich die Mittelzuweisung im Strafverfahrensrecht im Wesentlichen auf zwei Gegenstände bezieht: das Strafverfolgungsinteresse und den Grundrechtsschutz des von der Strafverfolgung Betroffenen.[1003]

[1000] Dies ergibt sich aus einer Zusammenschau der Entscheidungen BVerfG, NJW 1963, 755 (756) und BVerfG, NJW 1974, 307 (308).

[1001] Ausführlich zum Phänomen des gesetzgeberischen Unterlassens vgl. den Bericht von *Gerhardt*, Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

[1002] *Gerhardt*, Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 32, 42.

[1003] Da die wesentliche Funktion des Strafrechts im Rechtsgüterschutz liegt, ist die Akzentuierung des Strafverfolgungsinteresses und des Grundrechtsschutzes als Widerlager nicht zwingend, zutreffend Möstl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 179 Rn. 1: „Umgekehrt indes ist die Strafgewalt nicht bloß ‚Feind' und Bedrohung grundrechtlicher Freiheit, sondern zugleich ihr wesentlicher Schutz und Garant."

I. Funktionstüchtige Strafrechtspflege als Gesetzgebungstheorie

Den Gegenstand der Strafverfolgung betreffend ist zu erwähnen, dass in Form des von *Landau* vorgeschlagenen Verständnisses des Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ als an den Gesetzgeber gerichtete staatliche Pflicht ein originär aus der strafprozessrechtlichen Literatur entstammender Lösungsansatz bereitsteht.[1004] *Landau* stellt darauf ab, dass der Gesetzgeber aus dem genannten Gebot verpflichtet sei, die Rechtsdurchsetzung erfahrbar zu machen, damit der angestrebte Befriedigungseffekt eintreten könne.[1005] Diese Aussage lässt sich ohne Weiteres um die Grundbedingung ergänzen, dass die Rechtsdurchsetzung zunächst einen hinreichenden staatlichen Finanzaufwand erfordert. Kontur könnte der Ansatz aber nur gewinnen, wenn sich die Reichweite der Staatspflicht zur Schaffung und Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege auch einigermaßen konkret ermitteln ließe. Diesbezüglich fällt *Landaus* Schlusswort, die Rechtsdurchsetzung müsse erfahrbar sein, verständlicherweise[1006] sehr vage aus. Inwieweit der Befriedungseffekt in Form eines soziopsychologischen Zustandes[1007] der Bevölkerung erreicht wird, ist nicht seriös messbar, sodass auch nicht sinnvoll analysiert werden kann, in welchem Umfang finanzielle Anstrengungen für diesen Zustand aufgewendet werden müssten.[1008] Ebenso stellt sich auch hier das bereits erörterte Problem der mangelnden semantischen Komplexität des Begriffs: Es erscheint unmöglich zu beurteilen, in welchem Umfang finanzielle Mittel vorhanden sein müssen, damit man von einer funktionsfähigen Strafrechtspflege sprechen könnte.

Mit Blick auf die Praxis lässt sich trotz bestehender Defizite mit objektiven Argumenten schwer belegen, die gegenwärtige finanzielle Ausstattung sei derart gering, dass die Strafrechtspflege als System nicht mehr funktioniere. *Wohlers* merkt in diesem Zusammenhang zutreffend an, die Justiz habe bisher Mittel und Wege gefunden, um die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege trotz knapper Ressourcen aufrechtzuerhalten. Er exemplifiziert dies an der Etablierung der Verfahrensabsprachen und erkennt in solchen Verhaltensweisen einen Teufelskreis. Indem sich die Rechtsprechung selbst helfe, werde die Bereitschaft der Politik, die Ressourcen der Strafjustiz zu erhöhen, sicherlich nicht gefördert.[1009] Dem kann in Anbetracht der hiesigen Erkenntnisse nur zugestimmt werden: Die Strafverfolgungsbehörden

---

1004 *Landau*, NStZ 2007, 121 ff.

1005 *Landau*, NStZ 2007, 121 (129).

1006 Verständlich ist dies, da es auch für den Bereich anderer Staatsaufgaben kaum gelingt, konkrete Anforderungen an die finanzielle Mindestausstattung zu gewinnen. *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 195 kommt beispielsweise zu dem Ergebnis, die Polizei müsse mit so vielen Mitteln ausgestattet werden, dass sie das Gewaltmonopol aufrechterhalten könne.

1007 *Landau*, NStZ 2007, 121 (126).

1008 Die Sachlage ist tatsächlich noch komplizierter: Der Befriedigungseffekt ist nämlich – anders als Landau es andeutet – keine rein empirische Kategorie, sondern beinhaltet auch normative Elemente.

1009 Zum Vorstehenden *Wohlers*, NJW 2010, 2470; ähnlich *Fezer*, StV 1995, 263 (264).

können nur mit den zu Verfügung gestellten Ressourcen agieren und sorgen dafür, dass die staatliche Strafrechtspflegetätigkeit in dem vorgegebenen Rahmen bestmöglich funktioniert. Zu einem wirklichen „Systemzusammenbruch“ wird es daher offensichtlich in naher Zukunft nicht kommen.

Ist also *Landaus* Auffassung im Ansatz plausibel, da die wesentlichen Fragen und damit auch jene über die Menge der zur Aufgabenerfüllung zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel durch den Gesetzgeber beantwortet werden müssen, bleibt festzuhalten, dass sich aus der Einordnung als Pflicht des Gesetzgebers keine konkreten Maßstäbe bezüglich einer verfassungskonformen finanziellen Ausstattung herleiten lassen.[1010] Weiterführend könnte möglicherweise ein bescheidenerer Ansatz sein, indem man konkret formulierbare und situationsbezogene Pflichten des Gesetzgebers aus dem Topos ableitet. So ist es dem Gesetzgeber beispielsweise abzuverlangen, bei der Schaffung neuer Straftatbestände auch die zur Strafverfolgung erforderlichen Mittel zu bedenken und für deren Bereitstellung zu sorgen.[1011] Die Existenz einer solchen Pflicht ist aber mehr oder weniger selbstverständlich und die Beurteilung der Frage, ob die Pflicht als erfüllt anzusehen ist, erscheint trotz des geringeren Abstraktionsgrades der Fragestellung äußerst vage.

Zusammengefasst heißt das: *Landaus* postulierter Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung und Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege fehlt jedenfalls bezüglich ihrer Reichweite in der finanziellen Dimension weitestgehend die Justiziabilität.

Auch die hier vorgenommene Umformulierung des Topos hin zu einer konkordanten Strafrechtspflege führt bezüglich der Entwicklung konkreter Maßstäbe einer verfassungskonformen Mittelausstattung zu keiner Verbesserung. Dieser methodische Schritt sollte überhaupt erst die Berücksichtigung der Endlichkeit vorhandener Ressourcen im Rahmen der Rechtsfindung erklären und offenlegen, dass die Schonung des Ressourcenaufwandes ein legitimes Interesse verkörpern kann, wenn man es auf die Entscheidung des Gesetzgebers zurückführt.[1012]

[1010] Möstl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts[3], § 179 Rn. 7 meint, der Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ stehe unter dem Vorzeichen des Untermaßverbots. Das lässt bereits erahnen, dass die Ermittlung konturenscharfer Anforderungen aus dem Untermaßverbot ein schwieriges Unterfangen ist.

[1011] Dass entstehende Kosten zumindest erkannt werden, zeigt sich an den Gesetzgebungsmaterialien, so etwa BT-Drs. 18/8831, S. 2 f.; BT-Drs. 19/17795, S. 3. Es wird betont, dass den Ländern nur geringfügige Kosten entstehen oder Mehrkosten in nennenswertem Umfang nicht zu erwarten seien, da es sich voraussichtlich nur um Einzelfälle handeln werde. Dies ist angesichts der konstanten Ausweitung des materiellen Strafrechts hinsichtlich des finanziellen Aufwands eine bedenkliche Verfahrensweise, da so die Gesamtmenge neu geschaffener Straftatbestände und die diesbezüglich erforderlichen finanziellen Mittel schnell in Vergessenheit geraten können.

[1012] *Afshar*, Strafprozessuale Pragmatik und Normdeutung, S. 312 betont insoweit zutreffend die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.

II. Maßstäbe aus dem Untermaßverbot

Versucht man sodann die Frage, welche finanziellen Anstrengungen im Bereich des Strafverfahrensrechts erforderlich sind, anhand des Untermaßverbots zu beantworten, erweist sich die Entwicklung konkreter Maßstäbe schon als ausgesprochen unsicher, da dieses bereits in seiner Existenz infrage gestellt wird[1013]. Gegen das Untermaßverbot wird eingewendet, es gleiche im Wesentlichen der Prüfung des Übermaßverbotes und sei daher obsolet.[1014] Im vorliegenden Sachzusammenhang darf das Untermaßverbot weder hinsichtlich einer effektiven Strafverfolgung noch bezüglich des Grundrechtsschutzes verletzt sein.

Prüft man das Untermaßverbot kursorisch bezüglich des Grundrechtsschutzes, wird schnell erkennbar, dass sich aus ihm keine weiterführenden Erkenntnisse ergeben. Es lässt sich bezogen auf die vorliegende Problematik kaum sinnvoll prüfen:[1015] Die kollidierenden Interessen bestehen im Grundrechtsschutz und in der Haushaltsautonomie. Eine Budgetzuweisung ist zunächst geeignet, zumindest auch grundrechtliche Positionen einer von Strafverfolgung betroffenen Person zu sichern. Man wird in einem zweiten Schritt selten formulieren können, der Grundrechtsschutz sei durch effektivere und zugleich mildere Mittel möglich: Ein effektiverer Grundrechtsschutz eines von Strafverfolgung Betroffenen ließe sich durch ein höheres Budget erreichen. Dies erfüllte dann aber gegenüber der Haushaltsautonomie als entscheidendem Widerlager nicht das Kriterium des milderen Mittels. In der dann vorzunehmenden Angemessenheitsprüfung soll schließlich zu fragen sein, „ob der Schutz des gewählten Mittels hinreicht bzw. ob die Schutzdefizite unter Abwägung gegen die kollidierenden Zwecke zumutbar sind“[1016]. Die Prüfung des Untermaßverbots führt daher tatsächlich im Sinne einer Zirkelschlüssigkeit erneut zu der Frage, wie die Abwägung zwischen Haushaltsautonomie und Grundrechtsschutz angemessen gestaltet werden kann. Trennscharfe Kriterien lassen sich durch eine Prüfung des Untermaßverbots somit nicht gewinnen. Das entscheidende Kriterium für das Verfahren gegenüber dem Grundrechtsträger bleibt auch unter Zugrundelegung des Untermaßverbots die Zumutbarkeit, sodass auch das Untermaßverbot und die Schutzpflichtenlehre gerade kein Optimalitätsgebot bezüglich des Grundrechtsschutzes formulieren. Die Festlegung des Budgets für die Strafverfolgung muss in dieser Logik als Mindestanforderung ein faires und rechtsstaatliches Verfahren garantieren. Dass die finanzielle Mittelausstattung derart gering ist, dass ein Zurückbleiben hinter solchen Anforderungen in der gegenwärtigen Praxis vor-

[1013] So etwa von *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, S. 347, 350, der meint, das Untermaßverbot habe neben dem Instrument der Schutzverpflichtung keine Existenzberechtigung. Das Untermaßverbot hat aber auch prominente Befürworter, insbesondere Canaris, AcP 184 (1984), 201 (228).

[1014] Zu diesem Vorwurf *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., S. 262 ff. Er gelangt zum Ergebnis, dass sich Untermaßverbot und Übermaßverbot nicht entsprechen.

[1015] Eine Übersicht zu den Prüfungsschritten findet sich bei *Michael*, JuS 2001, 148 (155).

[1016] *Michael*, JuS 2001, 148 (151).

herrscht, lässt sich kaum vertreten. Einige in der Strafprozessordnung angelegte Verkürzungen der Rechte des Beschuldigten, die zum Zwecke der Ressourcenschonung in Kauf genommen werden, mögen bedenklich und kritikwürdig sein. Die insgesamte Rechtsstaatlichkeit des deutschen Strafverfahrens wird dadurch jedoch nicht infrage gestellt.

Die Anerkennung des Untermaßverbots als einschlägiges Prüfungsinstrument führt daher bei der Beantwortung der Frage, welche finanziellen Anstrengungen dem Gesetzgeber abzuverlangen sind, kaum weiter. Da die Prüfung der Voraussetzungen keine trennscharfen Ergebnisse produziert, wird man tendenziell nicht anders können als das Untermaßverbot als nicht verletzt anzusehen.[1017]

III. Kontrolldichte des BVerfG

Praktisch wichtiger als das Untermaßverbot als solches ist die Erkenntnis, dass sich das BVerfG bei der Prüfung desselben gerade im Bereich der Haushaltsangelegenheiten äußerste Zurückhaltung auferlegt.[1018] Für den Bereich des wirksamen Rechtsschutzes wird dies besonders plastisch. Hier findet sich die eindeutige Aussage des BVerfG, dass es die Voraussetzungen, unter denen ein wirksamer Rechtsschutz gewährt wird, nur eingeschränkt kontrolliert. Vielmehr wird der beträchtliche Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont.[1019] Das ist im Grundsatz zustimmungswürdig, weil eine zu enge Kontrolle die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers konterkarieren würde. Es ist erkennbar dessen Aufgabe, auf dem Wege der Mittelzuweisung darüber zu befinden, wie die „Chancen auf Grundrechtsrealisierung“[1020] verteilt werden. Aufgrund dieser starken, im Gewaltenteilungsgrundsatz angelegten Argumentationsbasis dürfte der Weg zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Budgetzuweisung ausgesprochen weit sein. Auch in diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Durchführung eines Strafverfahrens in erster Linie die Ausübung von Staatsgewalt gegenüber einem Grundrechtsträger bedeutet, die sich als verhältnismäßig erweisen muss. Dann ist es für die rechtliche Bewertung der finanziellen Ausstattung ebenfalls konsequent, Maßstäbe aus der zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergangenen Rechtsprechung zu gewinnen, wodurch die Zumutbarkeit das entscheidende Kriterium sein muss. Insoweit ist erhellend, dass das BVerfG in seiner Rechtsprechung eine unterschiedlich intensive Kontrolldichte entwickelt

[1017] Anders zum Untermaßverbot *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, S. 348 f., der die Gefahr sieht, das Untermaßverbot könne verfassungsrechtliche Anforderungen überzeichnen.

[1018] *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 36.

[1019] Ausdrücklich BVerfG, NJW 2000, 1175 (1176); ähnlich auch zum gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum bei der Verwirklichung des Schuldprinzips BVerfG, NJW 2013, 1058 (1067 f.).

[1020] *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 38; ähnlich *Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats, S. 105 bezogen auf Leistungsrechte: „An der Problematik der Teilhabe kommt das Recht nicht vorbei; der moderne Sozialstaat verteilt das tatsächliche Substrat zur Ausübung der Freiheitsrechte, er verteilt, wenn man so will, ‚reale Freiheit‘.“

hat. Diesbezüglich hat sich eine Unterscheidung zwischen einer engen inhaltlichen Kontrolle, einer Vertretbarkeitskontrolle und einer Evidenzkontrolle etabliert.[1021] In welcher Höhe die Strafverfolgungsbehörden mit finanziellen Mitteln ausgestattet werden müssen, dürfte in erster Linie als eine Fragestellung prognostischer und struktureller Art einzuordnen sein, bei der dem Gesetzgeber[1022] ein weiter Beurteilungsspielraum zuzuerkennen ist. Eine das Untermaßverbot verletzende finanzielle Ausstattung wird man daher im Bereich der Evidenzkontrolle, allenfalls jedoch im Rahmen der Vertretbarkeitskontrolle ansiedeln können.[1023] Wie soeben erwähnt gewährleistet die finanzielle Ausstattung der Strafverfolgungsbehörden immerhin ein faires und rechtsstaatliches Verfahren. Die finanzielle Ausstattung erscheint daher nicht unvertretbar gering.

IV. Ergebnis

Der politisch brisanten Frage, ob die zur Strafverfolgung eingesetzten finanziellen Mittel zu gering sind, fehlt weitestgehend die Justiziabilität. Das Untermaßverbot mag insoweit das dogmatisch passende Instrument sein. Die aus der Prüfung resultierenden Grenzen sind aber kaum fassbar und helfen bei der Beantwortung der Frage, ab wann ein Budget derart gering ist, dass es die Grenze zur Rechtswidrigkeit überschreitet, wenig weiter. Ein Rechtssatz, mittels dessen man konkret messbare Mindestanforderungen an die Finanzausstattung festlegen könnte, existiert folglich nicht. Das Problem, dass Grundrechte wie auch das Strafverfolgungsinteresse nur im Rahmen des finanziell Möglichen realisierbar sind, lässt sich daher auf einer übergeordneten Ebene nur schwer erfassen. Als Reaktion auf diesen Umstand nimmt das BVerfG eine strenge Prüfung ausschließlich bezogen auf den konkret zu entscheidenden Einzelfall vor. Dies zeigt sich besonders an der angesprochenen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Recht der Untersuchungshaft.[1024] Erst auf dieser Ebene wird dann statuiert, dass im Bereich der Abwehrrechte die finanzielle Ausstattung jedenfalls im Grundsatz keine Grundrechtsschranke darstellen darf.[1025]

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen kann man wohl nur zu dem Schluss gelangen, dass die finanzielle Ausstattung der Strafverfolgungsbehörden nicht rechtswidrig gering ist, weil sich ein Verstoß gegen geltendes Recht nicht feststellen lässt. Da man in rechtspolitischer Hinsicht mit sehr guten Gründen die finanzielle Ausstattung für unzureichend halten kann, erweist sich die eingangs angemahnte Trennung rechtlicher und politischer Argumente als umso wichtiger.

[1021] *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (199).

[1022] Nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes ist die Strafverfolgung grundsätzlich Ländersache. Im hiesigen Sachzusammenhang könnte man daher auch stets von den „Gesetzgebern“ sprechen.

[1023] Ähnlich im Ergebnis für den Bereich des Polizeirechts wohl auch *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 129, 294.

[1024] BVerfG, NJW 1974, 307 (308).

[1025] BVerfG, NJW 1963, 755 (756).

6. Teil: Kostenerwägungen in den RiStBV

Bis zum bisherigen Stand der Untersuchung wurde die Bedeutung von Kostenerwägungen bei der Anwendung der Strafprozessordnung unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen analysiert. Als letzter Untersuchungsschritt ist nun noch das Augenmerk auf die RiStBV als Werk für die Praxis zu richten. In der Literatur ist der Umstand der faktisch vorhandenen, aber rechtlich nicht existenten Bedeutung von Kostenerwägungen auf jene Regelungen der RiStBV zurückgeführt worden, die sich zum Kostenfaktor verhalten.[1026] Dies wirft Probleme auf, da sich im Falle eines Widerspruchs stets die Regelung der Strafprozessordnung als formelles Recht durchsetzen müsste.[1027] Die RiStBV erlangen für den hiesigen Untersuchungsgegenstand also vor allem an Bedeutung, als zu klären ist, inwieweit Widersprüche zur Strafprozessordnung tatsächlich vorliegen.[1028]

[1026] *Nestler*, JA 2012, 88 (90); *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 283, 285.
[1027] Zutreffend *Nestler*, JA 2012, 88 (90, 95).
[1028] Ähnlich die Vorgehensweise bei *Nestler*, JA 2012, 88 (90).

A. Bedeutung des Regelungswerkes

Die RiStBV stellen Verwaltungsvorschriften ohne Gesetzeskraft dar, die sich zunächst an den Staatsanwalt wenden, jedoch zugleich Handlungsempfehlungen an den Richter beinhalten.[1029] Die Nichtanwendung der RiStBV bleibt für den Richter aufgrund seiner Weisungsungebundenheit folgenlos, wohingegen im staatsanwaltlichen Bereich Verstöße grundsätzlich dienstrechtlich beanstandet werden können.[1030] Letzteres ist jedoch zu relativieren, da es einer Richtlinie begrifflich immanent ist, dass sie eine unmittelbare Geltung nur für den Regelfall entfaltet,[1031] wobei in der Praxis die Beurteilung, wann ein solcher vorliegt, schwer fällt. Es liegt daher häufig am Amtsträger selbst, ob er die einschlägige Richtlinie im konkreten Fall zur Anwendung bringt.[1032] Demzufolge wird der Berücksichtigung der RiStBV in der Praxis insgesamt wenig Bedeutung zugemessen, was durch den Umstand verstärkt wird, dass die RiStBV detaillierte Praxishinweise in weiten Teilen vermissen lassen und sich gerade deswegen für den Rechtsanwender oft als wenig hilfreich erweisen.[1033]

B. Kostenerwägungen in der RiStBV

In der Literatur wird betont, dass sich die RiStBV im Gegensatz zur StPO auch außerhalb der Kostentragungsfrage expressis verbis zu Kostenerwägungen verhalten.[1034] Tatsächlich enthalten die RiStBV 20 Nennungen des Wortes „Kosten“.[1035] Dies wird als Beleg dafür gesehen, dass die Wichtigkeit fiskalischer Erwägungen in der Praxis außer Frage steht.[1036] Bei näherem Hinsehen erweisen sich diese 20 Nennungen aber keinesfalls als gleichermaßen bedeutsam.

I. Kostenbewusstsein gem. Nr. 5a RiStBV

An prominenter Stelle – in Nr.5a der allgemeinen Vorschriften zum Vorverfahren – nehmen die RiStBV zum „Kostenbewusstsein“ Stellung. Unter dieser Nummer finden sich zunächst Hinweise, die selbstverständlich und rechtlich unbedenklich sind, wie etwa die Aufforderung, die Möglichkeiten des standardisierten Arbeitens auszuschöpfen (Verwendung von Textbausteinen, Vornahme der Abschlussentscheidungen nach Fallgruppen). Zugleich enthält die Vorschrift aber auch den Hinweis, dass kostenbewusstes Handeln durch die Nutzung der gesetzlichen Möglichkeiten, von der Strafverfolgung oder der Erhebung der öffentlichen Klage abzusehen, er-

[1029] Einleitung RiStBV.
[1030] BeckOK-StPO[39]/*Graf*, RiStBV Einführung Rn. 3, 8.
[1031] So auch ausdrücklich betont in der Einleitung RiStBV.
[1032] Zum Vorstehenden BeckOK-StPO[39]/*Graf*, RiStBV Einführung vor Rn. 1.
[1033] BeckOK-StPO[39]/*Graf*, RiStBV Einführung Rn. 5 f.
[1034] *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 279, 283.
[1035] Hinzukommen drei Nennungen des Wortes „Aufwand“.
[1036] *Nestler*, JA 2012, 88 (90).

reicht werden kann. Grundsätzlich unterfällt jede Verfahrenseinstellung, nicht zuletzt also auch eine solche gem. § 170 II 1 StPO, dem Wortlaut der Nr. 5a lit. a RiStBV, da eine Verfahrenseinstellung stets eine Möglichkeit von „der Erhebung der öffentlichen Klage abzusehen" darstellt. Der Klammerzusatz in Nr. 5a lit. a RiStBV zeigt jedoch, dass mit diesem Hinweis in erster Linie die Opportunitätseinstellungen gemeint sind. Dies ist mit Blick auf die sich dem Kostenargument weitestgehend verschließende herrschende Meinung insofern problematisch, als hier die Opportunitätseinstellungen gem. § 153 ff. StPO unter dem Stern des Kostenbewusstseins firmieren. Die Herstellung des Zusammenhangs zwischen dem durch Nr. 5a RiStBV angemahnten Kostenbewusstsein und den Opportunitätseinstellungen steht in Widerspruch zu der Maßgabe, Rechtsinstitute wie die §§ 153 ff. StPO dürften nur als Nebeneffekt zur Kosteneinsparung beitragen[1037]. Einen so verstandenen Nebeneffekt kennzeichnet, dass er ohne die Berücksichtigung im Rahmen der Subsumtion – eben „nebenbei" – eintritt. Die RiStBV wollen aber nicht über faktische Nebeneffekte einer Opportunitätseinstellung unterrichten, sondern formulieren insbesondere zum Zwecke der Gleichbehandlung Handlungsanleitungen für den Rechtsanwender[1038]. Wer meint, eine Kostenerwägung dürfe im Rahmen einer Opportunitätseinstellung kein auch nur mitberücksichtigungsfähiges Argument sein, muss folglich die in Nr. 5a RiStBV vorzufindende Konnexität zwischen Kostenerwägung und Einstellungsmöglichkeit ablehnen[1039] und die getrennte Darstellung beider Belange verlangen. In Fortsetzung dieser Logik müsste die Vorschrift den ermittelnden Staatsanwalt in die Irre führen, da sie mindestens nahelegt, das Kostenbewusstsein dürfe doch Eingang in die rechtliche Entscheidungsfindung bei einer Verfahrenseinstellung gem. §§ 153 ff. StPO finden. Wer den Standpunkt vertritt, entstehende Kosten seien im Rahmen der §§ 153 ff. StPO nicht berücksichtigungsfähig, kann daher mit guten Gründen in Nr. 5a RiStBV einen Widerspruch zur Strafprozessordnung erkennen.[1040]

Vom hier vertretenen Standpunkt aus ist hingegen die die Konnexität zwischen Rechtsanwendung und Kostenbewusstsein betonende Formulierung in Nr. 5a RiStBV begrüßenswert. Sie bildet in einfacher Sprache im Sinne einer Handlungseinleitung ab, was im Rahmen der Auslegung des einfachen Rechts methodisch vertretbar und aus verfassungsrechtlichen Gründen unerlässlich ist. Dass eine kostenblind agierende Strafrechtspflege die Erfüllung anderer Staatsaufgaben gefährdet, ist mit dem Gebot einer konkordanten Strafrechtspflege nicht in Einklang zu bringen. Da der im Einzelfall ermittelnde Staatsanwalt den konkreten Etat nicht vor Augen haben kann, ist der Budgetüberschreitung in der praktischen Anwendung nicht

---

1037 *Nestler*, JA 2012, 88 (93).

1038 BeckOK-StPO[39]/*Graf*, RiStBV Einführung Rn. 8.

1039 In diese Richtung *Nestler*, JA 2012, 88 (95): „Dieses Regelungswerk greift, wie aufgezeigt, mit seinen Geboten zur Sparsamkeit jedoch sehr weit und liegt dabei zum Teil über dem, was die Strafprozessordnung noch zulässt."

1040 Konsequent allerdings insoweit *Nestler*, JA 2012, 88 (95), die verlangt, es müsse der Vorrang der StPO vor den RiStBV ausdrücklich klargestellt werden.

anders zu begegnen als durch die Überlegung, wann der Ressourcenaufwand als unvertretbar erscheinen muss.[1041] Liegt etwa ein Verdacht bezüglich eines Betruges oder einer Untreue in einem großen Wirtschaftsunternehmen vor, wobei der Schaden gering ist, der Sachverhalt aber nicht ohne ein 100.000 € oder mehr kostendes Gutachten eines Wirtschaftsprüfungsbüros aufgeklärt werden könnte,[1042] kann der Staatsanwalt durch den Appell der Nr. 5a RiStBV gehalten sein, das Verfahren auf anderem Wege als durch Anklageerhebung zum Abschluss zu bringen. Eine Ausermittlung des Sachverhalts wird in solchen Extremfällen oftmals nicht im öffentlichen Interesse liegen. Letztendlich geht es somit um eine am gesunden Menschenverstand und praktischen Erfahrungen orientierte Entscheidung im Sinne einer Vertretbarkeitskontrolle[1043] und niemals um eine strenge Kosten-Nutzen-Analyse im Sinne der Frage, ob sich das Einschreiten „lohnt". Ein „Ökonomievorbehalt"[1044] ergibt sich daher auch aus den RiStBV nicht.

II. Zuziehung eines Sachverständigen gem. Nr. 69 RiStBV

Gem. Nr. 69 RiStBV soll ein Sachverständiger nur zugezogen werden, wenn sein Gutachten für die vollständige Aufklärung unentbehrlich ist. Die Vorschrift stellt eine Konkretisierung des § 161a I 2 StPO dar.[1045] Das praktische Anliegen der Vorschrift dürfte vor allem in dem Bestreben liegen, die Beteiligung eines Sachverständigen aufgrund der damit einhergehenden Kosten zu vermeiden, wenn es nur irgendwie möglich ist („unentbehrlich"). In der Literatur ist in dieser Formulierung ein Zurückbleiben gegenüber dem Maßstab des § 244 II StPO erkannt worden,[1046] wonach sich die Beweisaufnahme auf alle Beweismittel zu erstrecken hat, die für die Entscheidung von Bedeutung sind, das heißt zur Aufklärung des Sachverhalts möglicherweise beitragen können[1047]. Strenggenommen wird man hier zwischen zwei Sachverhaltskonstellationen zu differenzieren haben.

[1041] *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 293 spricht im Bereich des Polizeirechts treffend von einer „Wirtschaftlichkeitsuntersuchung light".

[1042] Beispiel nach *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 281.

[1043] So auch für den Bereich des Polizeirechts *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 292.

[1044] Begriff übernommen von *Pflughaupt*, Prozessökonomie, S. 349, der in einem übergeordneten Sinn zu dem Ergebnis gelangt, genaue wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen sich „als praktisch wenig hilfreich". Das kann hinsichtlich der hier erörterten strafprozessualen Entscheidungsfindungen für richtig befunden werden.

[1045] BeckOK-StPO[39]/Engelstätter, RiStBV 69 Rn. 1.

[1046] *Nestler*, JA 2012, 88 (90).

[1047] Ähnlich BGHSt 31, 148 (152).

Beispiel 1:

> Dem Staatsanwalt steht neben der Möglichkeit der Zuziehung eines Sachverständigen eine weitere Maßnahme zur Verfügung, die nach seiner prognostischen Einschätzung[1048] den Sachverhalt ebenso gut aufklären kann wie die Zuziehung eines Sachverständigen. Diese Maßnahme verursacht erkennbar geringere Kosten.

Die Zuziehung des Sachverständigen ist unter Zugrundelegung einer Wortlautauslegung im Sinne des § 244 II StPO von Bedeutung, da sie zur Sachverhaltsaufklärung beitragen kann. Sie ist aber nicht gem. Nr. 69 RiStBV unentbehrlich, da andere Beweismittel den Sachverhalt gleich gut aufklären können. Die Annahme, § 244 II StPO müsse sich in einem solchen Fall als widersprechendes Recht von formellem Rang durchsetzen,[1049] ist nicht richtig. Wenn hier ein Sachverständiger zugezogen wird, liegt erkennbar ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vor, da es unwirtschaftlich ist, für die Sachverhaltsaufklärung einen höheren Kostenaufwand als erforderlich einzusetzen. Die für § 244 II StPO zugrunde gelegte Definition ist als solche zustimmungsfähig. Sie muss lediglich, um nicht in Konflikt mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot zu geraten, in Fällen wie dem vorliegenden um die Maßgabe ergänzt werden, dass nur ein solches Beweismittel, das keine unnötigen Mehrkosten verursacht, von Bedeutung sein kann. Unnötige Mehrkosten sollten anzunehmen sein, wenn der Beweisinhalt gleich gut durch ein günstigeres Beweismittel erbracht werden kann. Dies ist hier der Fall, sodass die Zuziehung des Sachverständigen zu unterbleiben hat.

Beispiel 2:

> Neben der Zuziehung eines Sachverständigen steht bei prognostischer Betrachtung eine andere Maßnahme zur Sachverhaltsaufklärung zur Verfügung. Diese verursacht erkennbar geringere Kosten. Allerdings bestehen Zweifel daran, ob die andere Ermittlungsmaßnahme die gleiche Eignung zur Aufklärung des Sachverhalts wie die Zuziehung eines Sachverständigen besitzt.

Nach § 244 II StPO liegt die Zuziehung eines Sachverständigen ohne Weiteres nahe, da sie die Sachverhaltsaufklärung fördern kann. Nr. 69 RiStBV könnte hingegen so verstanden werden, dass vor der Zuziehung eines Sachverständigen zunächst auf andere Maßnahmen zurückgegriffen werden muss. Erst wenn sich diese Beweismittel als erfolglos erwiesen haben, wäre auf den Sachverständigen zurückzugreifen. In dieser Konstellation offenbart sich, dass eine zu stark verstandene Berücksichtigung

[1048] Mehr als eine prognostische Einschätzung kann auch an dieser Stelle nicht verlangt werden, da es bei der Beurteilung der Frage aus erkenntnistheoretischen Gründen keine absolute Gewissheit geben kann.

[1049] So aber möglicherweise *Nestler*, JA 2012, 88 (90, 95).

des Kostenaufwandes die Sachverhaltsermittlung mitunter gefährden kann.[1050] Die vorherige Ausschöpfung übriger Maßnahmen kann insbesondere Zeitaufwand erfordern und dadurch die Tatsachengrundlage für die spätere Erstellung des Sachverständigengutachtens verschlechtern. Diese Lesart der Nr. 69 RiStBV offenbart daher einen Widerspruch zur Regelung des § 244 II StPO. Es ist auch nicht angezeigt, aus dem Gedanken einer konkordant agierenden Strafrechtspflege zu begründen, dass in solchen Fällen günstigere, aber weniger erfolgversprechende Maßnahmen ergriffen werden müssten. Eine solche Forderung würde das Legalitätsprinzip durchgängig aufweichen und es in seinem Wesensgehalt infrage stellen.[1051] Aufgrund der bloßen Notwendigkeit der Kostenschonung darf nicht flächendeckend per se eine Minderung der Aufklärungschancen in Kauf genommen werden. Die Strafverfolgungstätigkeit zu unterlassen, wird im hier erörterten Zusammenhang aus Belangen der Verfassung erst zum Gebot, wenn der Kostenaufwand zum Aufklärungsinteresse völlig außer Verhältnis steht. Das bedeutet für den zweiten Beispielsfall: Ist der strafrechtliche Verdacht so bedeutend, dass für die Aufklärung der Tat die Zuziehung eines Sachverständigen in Betracht kommt, muss jedenfalls dann direkt auf die Zuziehung des Sachverständigen zurückgegriffen werden, wenn anderenfalls eine Verschlechterung der Beweislage droht.

Ist also die geschilderte Lesart der Nr. 69 RiStBV die falsche, bleibt zu überlegen, ob sich die Vorschrift auch anders interpretieren lässt. Die vorstehende Überlegung zeigt, dass die Unentbehrlichkeit schon dann angenommen werden muss, wenn begründete Zweifel an der Eignung der übrigen Ermittlungsmaßnahmen bestehen. Ein solches Auslegungsverständnis dürfte mit dem Sinn des Wortes „unentbehrlich" vereinbar sein, da sich die Zuziehung als notwendig erweist und somit nicht unterbleiben darf. Besonders gelungen im Sinne einer Hilfestellung für den Praktiker erscheint der Wortlaut der Nr. 69 RiStBV gleichwohl nicht.

Richtigerweise darf folglich auf die direkte Zuziehung eines Sachverständigen vorerst nur verzichtet werden, wenn bei prognostischer Betrachtung durch die Ausschöpfung anderer Beweismittel keine Verschlechterung der Beweisgrundlage des Sachverständigengutachtens droht.

[1050] Zutreffend *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., § 14 Rn. 282: „Andererseits besteht im Rahmen eines Strafverfahrens – und da besonders beim Ermittlungsverfahren – die Gefahr, dass wegen zu engem Erwartungshorizont oder auch auf Grund falscher oder unvollständiger rechtlicher Beurteilung, aus Kostengründen Ermittlungen unterlassen werden, die erst wenn sie nicht mehr nachholbar sind, als bedeutsam erkannt werden."

[1051] Eine solche Vorgehensweise wäre auch regelmäßig mit dem Beschleunigungsgrundsatz unvereinbar, da dann das Ermittlungsverfahren als Eingriff in die Grundrechte länger als nötig aufrechterhalten werden würde. Vgl. zum Beschleunigungsgebot auch Nr. 5 RiStBV.

III. Weitere Nummern der RiStBV

Wie eingangs erwähnt, beinhalten zahlreiche weitere Nummern der RiStBV das Wort „Kosten". So wird etwa in Nr. 58 III RiStBV gefordert, dass im Falle des Wegfalls eines Haftbefehls dem beherbergenden Krankenhaus unverzüglich mitzuteilen sei, der Justizfiskus komme für die weiteren Unterbringungs- und Behandlungskosten nicht mehr auf. Des Weiteren soll der Staatsanwalt gem. Nr. 139 I RiStBV in der Hauptverhandlung bei Beantragung eines Freispruchs zur Auferlegung der Kosten Stellung nehmen.[1052] Auch ist gem. Nr. 6 IV RiStBV ein Strafantragsteller darauf hinzuweisen, dass er im Falle einer Rücknahme des Strafantrages unter Umständen die Kosten zu tragen hat. Diese Beispiele, die sich fortsetzen ließen,[1053] dokumentieren, dass die Kostenschonung in der Verfahrenspraxis ein gewichtiger Belang ist, der ein durchgängiges Kostenbewusstsein im Sinne eines Sparsamkeitsgebots anmahnt. Allerdings muss zugleich betont werden, dass solche Regelungen mehr den organisatorischen Verfahrensablauf als die originäre rechtliche Entscheidungsfindung im „Außenverhältnis" betreffen.[1054] Abgesehen von den soeben untersuchten Nummern 5a und 69 RiStBV lassen sich kaum Bestimmungen finden, die einen bedeutenden Einfluss des Kostenarguments auf die konkrete Rechtsanwendung erkennen lassen.

IV. Vergleichende Gesamtschau zur StPO

Damit ist zu konstatieren, dass die RiStBV in der Gesamtheit ihrer Normen zur Kostenschonung auffordern, wobei es sich aber zunächst um vereinzelte Regelungen handelt. Höchstens Nr. 5a RiStBV könnte man als Kodifizierung eines übergreifenden, dann jedoch schwach zu verstehenden Wirtschaftlichkeitsgebots interpretieren. Das Gebot bleibt ausgesprochen vage und inhaltsarm, indem es sich in einer Anmahnung erschöpft und selbst keine Maßstäbe oder Kriterien aufzeigt. Die RiStBV begnügen sich weitestgehend mit dem Bestreben, durch innerorganisatorische Regelungen zur Kostenschonung beizutragen. Antworten auf die Frage, inwieweit eine Kostenerwägung die strafprozessuale Rechtsanwendung beeinflussen darf, sucht der Staatsanwalt hingegen vergeblich. Zu der eigentlichen Gretchen-Frage nehmen daher auch die RiStBV nicht Stellung, sodass der im Generellen erhobene Einwand, die RiStBV ließen an zu vielen Stellen echte Handlungsanweisungen vermissen,[1055] auch hinsichtlich des hier untersuchten Problems der Berücksichtigung entstehender Kosten zutrifft. Nicht anders als bei der Untersuchung der StPO ist auch für die RiStBV zusammenzufassen, dass die wesentlichen Erwägungen zur Kostenberücksichtigung im Rahmen der Rechtsfindung im Normtext kaum sicht-

---

1052 Siehe zu diesem Zusammenhang bereits oben 4. Teil E.

1053 Weitere Beispiele bei *Nestler*, JA 2012, 88 (90).

1054 Zutreffend *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts^3, § 121 Rn. 20: „Die Judikative ist uneingeschränkt Adressatin des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes, wo es um die Effizienz der eigenen Arbeit und Aufgabenerfüllung geht."

1055 Zum Vorstehenden BeckOK-StPO^{39}/*Graf*, RiStBV Einführung Rn. 6.

bar werden und folglich aus übergeordneten Kriterien geschlossen werden müssen. Der in der Literatur betonte Widerspruch bezüglich der Regelungsintensität zu Kostenfragen zwischen RiStBV und StPO[1056] erscheint daher nicht so gewichtig wie behauptet. In der StPO wird zwar der Begriff der Kosten meistens in Regelungen zur Kostentragung verwendet.[1057] Zu bedenken ist aber, dass die StPO eine Vielzahl von Verfahrensregeln enthält, die auf einen unverhältnismäßigen Aufwand abstellen.[1058] Ein solcher kann insbesondere durch einen hohen Zeit- oder Kostenaufwand hervorgerufen werden. Beispielsweise erlaubt § 155b I 2 StPO die Gewährung von Akteneinsicht, soweit die Erteilung von Auskünften einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Auch hier wird also die Gewährleistung persönlichkeitsrechtlicher und damit grundrechtlicher Belange vom staatlicherseits entstehenden Aufwand abhängig gemacht. Vor diesem Hintergrund vermag die in der Literatur vertretene These, die Bedeutung von Kostenerwägungen folge vor allem aus den RiStBV,[1059] nicht vollends zu überzeugen. Vielmehr gehen beide Regelungswerke in der Frage der Kostenberücksichtigung – soweit sie sich denn dazu verhalten – eher Hand in Hand.[1060]

C. Formulierungsvorschlag

Da die Kostenschonung faktisch erforderlich und rechtlich geboten ist, erscheint es begrüßenswert, dass überhaupt eine Nummer zum Kostenbewusstsein in die RiStBV aufgenommen worden ist. Jene Nr. 5a RiStBV gibt aber entgegen der buchstäblichen Leitidee einer Richtlinie keine inhaltliche Orientierungssicherheit. Der Wunsch nach mehr Orientierungssicherheit soll hier infolge eines konkreten Vorschlags kursorisch aufgegriffen werden. Die Berücksichtigung von Kosten in der täglichen staatsanwaltlichen Praxis betreffend könnten in Anbetracht der im Rahmen der Arbeit gefundenen Ergebnisse die folgenden Richtlinien formuliert werden:

1. Bedeutung des entstehenden Zeit-, Personal- und Kostenaufwandes
   Die Ermittlungen sollen nicht auf solche Ermittlungstätigkeiten erstreckt werden, die einen Zeit-, Personal- oder Kostenaufwand befürchten lassen, der zum Aufklärungsinteresse ersichtlich vollkommen außer Verhältnis steht.

[1056] *Nestler*, JA 2012, 88 (95).

[1057] Die meisten Nennungen sind folglich in den §§ 464 ff. StPO zu finden. Die StPO enthält insgesamt 115 Nennungen des Wortes oder Wortbestandteils „Kosten". Angesichts der geringen Bedeutung, die der Wirtschaftlichkeit des Strafverfahrens attestiert wird, überrascht die erhebliche Zahl der Nennungen.

[1058] Beispielsweise §§ 66 II, 98a III, 111l IV 1 StPO.

[1059] *Nestler*, JA 2012, 88 (90).

[1060] Anweisungen bezüglich dieser Vorschrift finden sich in den RiStBV in den Nummern 185 und 186.

2. Ermittlungsmaßnahmen
(1) Stehen zur Sachverhaltsaufklärung zwei gleich geeignete Ermittlungsmaßnahmen von vergleichbarer Eingriffsintensität zur Verfügung, ist die ressourcenschonendere Maßnahme zu wählen.
(2) Stehen zur Sachverhaltsaufklärung zwei gleich geeignete Ermittlungsmaßnahmen mit verschiedener Eingriffsintensität zur Verfügung, ist die weniger eingriffsintensive Maßnahme zu wählen. Dies gilt nicht, wenn der Ressourcenaufwand zu der Verwirklichung der Rechte des Betroffenen ersichtlich außer Verhältnis steht.

3. Einstellung gem. §§ 153, 153a StPO
Bei der Beurteilung der Frage, ob das öffentliche Interesse vorliegt, prüft der Staatsanwalt in Zweifelsfällen auch, ob der zu erwartende Zeit-, Personal- oder Kostenaufwand zur Bedeutung der Sache außer Verhältnis steht.

7. Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

A. Ergebnisse

Eine weitere Diskussion anregen kann vermutlich am ehesten eine konzentrierte, notwendigerweise verkürzte Darstellung der gefundenen Ergebnisse in Form konkreter Abschlussthesen. Diese lauten, chronologisch geordnet nach den Untersuchungsschritten der Arbeit, wie folgt:

Die Bedeutung des Kostenarguments auf der Rechtsanwendungsebene des strafprozessualen Erkenntnisverfahrens verläuft entlang einer klaren Trennlinie. Die Berücksichtigung des Kostenaufwandes geht immer mit Abstrichen an der Grundrechtsgewährleistung oder an Strafverfolgungsinteressen einher.

Der **zweite Teil** der Untersuchung hat gezeigt, dass sich die abwehrrechtliche Grundrechtsverwirklichung gegenüber Kostenerwägungen nicht als vollständig immun erweist. Hinsichtlich strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen ist dieser Befund in unterschiedlicher Komplexität zu begründen.

Bei Ermittlungsmaßnahmen, die geeignete Subsidiaritätsklauseln wie „auf andere Weise wesentlich erschwert“ enthalten, ist der Begründungsumfang noch überschaubar, denn solchen Vorschriften kann bereits durch eine richtig verstandene Wortlautauslegung der Zweck der Schonung staatlicher Ressourcen entnommen werden. Dafür wurde als Grundbedingung herausgearbeitet, dass die im Strafprozessrecht vorherrschende Trennung von Zeit- und Personalaufwand einerseits und Kostenaufwand andererseits nicht vollends überzeugt: Für alle Aufwandsarten gilt das Endlichkeitspostulat, da sie letztendlich durch den Einsatz finanzieller Mittel determiniert werden. Die Berücksichtigung des Kostenaufwandes stellt deshalb ebenso wie die Berücksichtigung des Zeit- und Personalaufwandes kein per se illegitimes Rechtsargument dar.

Wichtig und entscheidend für die Berücksichtigung des Kostenaufwandes im Rahmen einer Subsidiaritätsklausel ist, dass das Kostenschonungsinteresse nicht nur auf Tatbestandsebene Niederschlag findet, sondern final eine Abwägung mit den Grundrechten des Betroffenen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordert. Weder dem Kostenschonungsinteresse noch der grundrechtlichen Position ist ein absoluter Vorrang einzuräumen. Stehen zwei Ermittlungsmaßnahmen gleicher Eignung zur Verfügung, kann die Wahl der grundrechtsintensiveren Maßnahme unter dem Gesichtspunkt der staatlichen Ressourcenschonung zulässig sein, wenn der durch die anderenfalls zu ergreifende Maßnahme entstehende Ressourcenaufwand außergewöhnlich hoch ist, der damit einhergehen Minderung der Intensität des Grundrechtseingriffs hingegen kein tragendes Gewicht zugemessen werden kann.

Schwieriger gestaltet sich die Sachlage, wenn Ermittlungsmaßnahmen, die eine Kostenerwägungen nicht zulassende Subsidiaritätsklausel enthalten, sowie Ermittlungsmaßnahmen, die keine Subsidiaritätsklausel enthalten, zum Untersuchungsgegenstand gemacht werden.

Ein staatliches Kostenschonungsinteresse ist hier kein dem Gesetzeswortlaut zu entnehmender Zweck und kann daher nur aus übergeordneten Gründen gewonnen werden. Da ohne die Anerkennung der Ressourcenendlichkeit die staatliche Strafrechtspflegetätigkeit in einem buchstäblichen Sinn nicht funktionieren kann, wurde zur Fundierung dieser übergeordneten Gründe an den Topos „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“ angeknüpft. Wenn nicht die gesetzgeberische Entscheidung der Bereitstellung finanzieller Mittel in einer vorgegebenen Höhe negiert werden soll, muss die Notwendigkeit der Strafverfolgung aus einem endlichen Etat als unabweisbares Bedürfnis der Strafrechtspflege anerkannt werden. Diesem Bedürfnis ist in der Rechtsfindung Rechnung zu tragen, indem eine Abwägung zwischen dem Strafverfolgungsinteresse, der Grundrechtsverwirklichung und der Notwendigkeit der staatlichen Kostenschonung vorgenommen wird. Da die genannten Belange allesamt verfassungsrechtliche Forderungen statuieren, sind sie gleichrangig miteinander auszutarieren. In Anbetracht dessen wurde vorgeschlagen, den Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ zu einem Gebot „konkordanter Strafrechtspflege“ abzuwandeln. Diese Korrektur erscheint erforderlich, weil der Begriff „Strafrechtspflege“ nur auf das Ziel des Strafverfahrens bezogen sein kann und letzteres ganzheitlich in dem Sinne zu formulieren ist, dass der Grundrechtsschutz als Teilziel in ihm zu finden sein muss. Dass der Topos „Funktionstüchtigkeit/Effektivität/Effizienz der Strafrechtspflege“ nur Strafverfolgungsinteressen im engeren Sinn in sich vereint, wirkt dementsprechend unvollständig und schafft zumindest in rhetorischer Hinsicht ein die Gleichrangigkeit der widerstreitenden Interessen verkennendes Übergewicht zugunsten der Strafverfolgungsinteressen.

Die Berücksichtigung der Notwendigkeit der Ressourcenschonung im Topos bringt mit sich, dass das Credo „keine Wahrheitsfindung um jeden Preis“ nicht nur mit Blick auf die Grundrechte, sondern auch hinsichtlich der Haushaltsautonomie des Gesetzgebers beziehungsweise der Notwendigkeit weitere Staatsaufgaben

erfüllen zu müssen seine Berechtigung hat. Es wird damit nicht infrage gestellt, dass normativer Rechtsfrieden als Ziel des Strafverfahrens stets im konkreten Verfahren eintreten muss. Ein kostenblind geführtes Strafverfahren verkennt die Notwendigkeit weitere Strafverfahren aus einem endlichen Etat verwirklichen zu müssen, ist nicht rechtsstaatlich und kann folglich selbst im betroffenen Verfahren keinen normativen Rechtsfrieden stiften.

Für die Abwägungsprüfung im konkreten Einzelfall ist aus dem Gebot einer konkordanten Strafrechtspflege zu fordern, dass das Kostenargument Geltung erlangt, wenn sich eine Maßnahme als derart kostenintensiv erweist, dass sie bei identischer Verfahrensweise in gleichgelagerten Fällen erkennbar die Budgeteinhaltung (Haushaltsautonomie) in Zweifel stellen müsste. Die Anwendung des Arguments gegenüber einer grundrechtlichen Position hat folglich Ausnahmecharakter. Ein darüberhinausgehend stark verstandenes Effizienzprinzip überbetont die Bedeutung von Kostenerwägungen im Strafprozessrecht und ist deshalb nicht anzuerkennen.

Im **dritten Teil** hat sich gezeigt, dass in bestimmten Fällen auf rechtlich zulässige Weise Strafverfolgungsinteressen im engeren Sinn durch den Ressourcenaufwand begrenzt werden dürfen und müssen. Hinsichtlich des Spannungsfelds zwischen dem Legalitätsprinzip und der Zulässigkeit des Kostenarguments wurde deutlich, dass gerade der in den §§ 153 I 1, 153a I 1 StPO vorzufindende Begriff des öffentlichen Interesses als Einfallstor für Kostenerwägungen fungieren kann, wenn auch nur in begrenztem Maße. Dieser Befund wurde sowohl durch die Untersuchung anhand der gängigen Auslegungsmethoden als auch durch eine verfassungsrechtliche Überprüfung gestützt. Unter Zugrundelegung einer verfassungsrechtlichen Terminologie sind die §§ 153 ff. StPO als Eingriffe in das Legalitätsprinzip zu werten, die auch unter Einbeziehung einer kostenberücksichtigenden Auslegung einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung standhalten. Man kann es als Ausfluss des Gebots einer konkordanten Strafrechtspflege verstehen, dass Abstriche beim Legalitätsprinzip aus Kostenerwägungen heraus hingenommen werden müssen, da auch hier anderenfalls auf dem Wege der Etatüberschreitung eine Gefährdung der Erfüllung anderer Staatsaufgaben drohen würde. Dieser Gefahr kann nur begegnet werden, indem auch auf der Rechtsanwendungsebene berücksichtigt wird, dass der zur Strafverfolgung zur Verfügung gestellte Etat als endlich anzuerkennen und möglichst optimal auf alle anfallenden Verfahren zu verteilen ist.

Auch im Rahmen einer Verfahrenseinstellung gem. § 170 II 1 StPO hat sich das Kostenargument nicht als per se unzulässig erwiesen. So ist zu beachten, dass die Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden zur Erforschung der materiellen Wahrheit eine Rechtspflicht darstellt, deren Reichweite verfassungsrechtlicher Prüfung standhalten und aus diesem Grunde ebenfalls das Endlichkeitsfaktum in sich aufnehmen muss. Fallen mehr Verfahren an als aus dem Etat heraus bestritten werden können, wird auch an dieser Stelle die Vornahme gewisser Abstriche unerlässlich. Das auf die Notwendigkeit der Erfüllung anderer Staatsaufgaben hinweisende Gebot einer konkordanten Strafrechtspflege macht insoweit plausibel, dass eine Staffelung

der Ermittlungstätigkeit und auch das partielle Ablassen von Ermittlungstätigkeit außerhalb einer Opportunitätseinstellung nicht nur pragmatische Zweckmäßigkeitserwägungen aus der Praxis darstellen, sondern gleichermaßen einer rechtlichen Legitimation zugeführt werden können, sofern sich die für die Strafverfolgung bereitgestellten finanziellen Mittel ihrerseits in einem akzeptablen Bereich bewegen.

Der **vierte Teil** hat sich mit Kostenerwägungen im Rahmen der Rechtsanwendung im Hauptverfahren auseinandergesetzt.

Der Kostenaufwand als Rechtsargument ist hier im Wesentlichen im gleichen Maße zulässig wie im Ermittlungsverfahren.

Für die Bejahung der Unerreichbarkeit gem. § 244 III 3 Nr. 5 StPO darf eine Kostenerwägung kein mitentscheidender Faktor sein. Im Rahmen der allgemeinen gerichtlichen Aufklärungspflicht kann hingegen in Ausnahmefällen der zu erwartende Ressourcenaufwand eine Begrenzung der Reichweite legitimieren, sofern dieser völlig außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht. Das Verfahren muss dann zwingend zugunsten des Angeklagten beendet werden. Die Aussage des BGH, es dürfe kein Freispruch erfolgen, solange erfolgversprechende Beweismittel zur Verfügung stünden, kann nicht in allen denkbaren Konstellationen eingehalten werden. Sie sollte daher nicht in einem wörtlichen, absoluten Sinn verstanden werden.

Das Beschreiten des umgekehrten Weges, das heißt die Sachverhaltsermittlung aus Gründen der Ressourcenschonung zuungunsten des Angeklagten zu verkürzen und auf diesem Wege zu einer Verurteilung zu gelangen, ist rechtsstaatlich undenkbar.

Dass die Berücksichtigung des Kostenaufwandes in der StPO nicht als per se systemfremd deklariert werden kann, zeigt sich besonders eindrücklich an der Vorschrift des § 421 I Nr. 3 StPO.

Die gesetzlichen Instrumente zur Verfahrensvereinfachung, allen voran die Verständigung gem. § 257c StPO, basieren ebenfalls auf Kosteneinsparungsinteressen. Diesen Rechtsinstituten kann eine kaschierende Wirkung attestiert werden, da das praktische Anliegen solcher Regelungen in der Reduktion des Ressourcenaufwandes liegt, letzterer aber im Gesetzeswortlaut und damit auch in der Rechtsanwendung keine ausdrückliche Entsprechung findet. Dass die StPO in ihrem gesamten Erscheinungsbild gleichwohl von Ressourcenschonungsbestrebungen durchzogen ist, ändert daran nichts, was auch im Rahmen der Auslegung anderer Vorschriften nicht ohne Konsequenzen bleibt. Kurzum: Die Ressourcenschonung ist dem Gesetzgeber nach der geltenden Gesetzeslage ein bedeutendes Anliegen, wenn auch eine dies ausdrücklich betonende Norm fehlt und die Wirtschaftlichkeit nicht als Grundsatz des Strafverfahrensrechts anzuerkennen ist.

Im **fünften Teil** wurden die bis dort gefundenen Ergebnisse aus einer übergeordneten rechtstheoretischen Perspektive analysiert. Die drei bedeutendsten Erkenntnisse lauten:

Erstens: Ob eine Kostenerwägung im Rahmen einer strafprozessrechtlichen Rechtsnorm berücksichtigt werden darf, kann plausibel anhand der von *Alexy* vorgeschlagenen Unterscheidung von Regeln und Prinzipien geprüft werden. Da einem Prinzip immanent ist, dass es nur bestmöglich, aber niemals vollkommen verwirklicht werden kann, verfehlt die in der strafprozessrechtlichen Literatur erhobene Forderung, die zur Strafverfolgung erforderlichen Mittel seien schlicht zur Verfügung zu stellen, die eigentliche Problemstellung.

Zweitens: Die Einschränkung von Beschuldigtenrechten aus Kostengründen ist im Rahmen der strafprozessualen Rechtsanwendung nur in einem sehr restriktiven Sinne möglich, da anderenfalls einem grundrechtlichen Finanzierungsvorbehalt Tür und Tor geöffnet wird. Abstriche an der Strafverfolgung aus Kostenerwägungen sind damit strukturell leichter zu rechtfertigen als Abstriche an der Gewährleistung grundrechtlicher Positionen.

Drittens: In welchem Umfang der Gesetzgeber finanzielle Mittel zur Staatsaufgabe Strafverfolgung zur Verfügung stellen muss, bleibt in tatsächlicher Hinsicht weitestgehend eine Frage des politischen Ermessens. Weder Vorschläge aus dem Strafprozessrecht (Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" als an den Gesetzgeber gerichtete Pflicht) noch herkömmliche Instrumente aus dem Verfassungsrecht (Untermaßverbot, Schutzpflichtenlehre) führen zu einer echten Justiziabilität der Problemstellung. Es ließ sich dementsprechend nicht feststellen, dass die finanzielle Ausstattung deutscher Strafverfolgungsbehörden verfassungswidrig gering ist. Die finanzielle Ausstattung der Strafverfolgungsbehörde ermöglicht immerhin ein faires und rechtsstaatliches Strafverfahren. In rechtlicher Hinsicht sind dem Gesetzgeber vermutlich sogar noch Spielräume „nach unten" zuzuerkennen, mag man eine solche Vorgehensweise aus politischer Perspektive – wie auch hier vertreten – für völlig falsch halten.

Schließlich wurde im **sechsten Teil** der Blick auf die RiStBV als Werk der Praxis gelenkt.

Die in Nr. 5a RiStBV anzutreffende Konnexität von Kostenbewusstsein und Opportunitätseinstellungen müsste im Grunde von Autoren, die sich gegen die Berücksichtigung des Kostenaufwandes stellen, beanstandet werden, da der Kosteneinsparung hier eine höhere Bedeutung als einer erfreulichen Begleiterscheinung zugemessen wird. Richtigerweise geht die Vorschrift nicht über das erlaubte Maß hinaus, da sie nur in einfache Worte fasst, was aus praktischen und rechtlichen Gründen unerlässlich ist. Die Formulierung der Nr. 5a RiStBV ist sinnbildlich für die insgesamte Problemstellung: Einfallstore zur Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes bestehen durchaus. Zur konkreten Umsetzung macht der Normgeber aber kaum Vorgaben. Auf diese Weise legt er die Verantwortung in die Hände des Rechtsanwenders und vertraut auf dessen Augenmaß.

Die in der Literatur aufgestellte These, die RiStBV gingen über das durch die StPO erlaubte Maß an Kostenberücksichtigung hinaus, ließ sich daher nicht bestätigen. Die Regelungswerke gehen in dieser Frage eher Hand in Hand. Sie teilen vor allem die Gemeinsamkeit, dass sie hinsichtlich der Berücksichtigung des Ressourcenaufwandes wesentliche Fragen offenlassen.

B. Abschlussbemerkung

Der Schwerpunkt dieser Arbeit lag auf der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit Kostenerwägungen auf der strafprozessualen Rechtsanwendungsebene von Bedeutung sind und sein dürfen. Dies betrifft einen weitestgehend undurchdachten, aber lediglich geringen Baustein im Diskurs über die Ökonomisierung des Strafverfahrens. Die wesentlichen Weichenstellungen liegen in den Händen des Gesetzgebers, wohingegen es dem Rechtsanwender nolens volens obliegt, mit den zur Verfügung stehenden Mitteln das vorgegebene Normprogramm bestmöglich umzusetzen. Der Rechtsanwender wird nach hier vertretenem Standpunkt seiner Pflicht zum rechtmäßigen Handeln am besten gerecht, wenn er den staatlicherseits entstehenden Kostenaufwand als Rechtsargument an geeigneten Stellen des Gesetzes anerkennt, seinen Wirkungsgrad aber gering hält. Entstehende Kosten dürfen und müssen mit Blick auf die Wahrung des Budgetrechts des Gesetzgebers berücksichtigt werden. Ein größerer Stellenwert in Form der Verfolgung weitergehender Zwecke darf dem Kostenaufwand als Rechtsargument im Strafprozessrecht nicht beigemessen werden.

Literaturverzeichnis

Abdallah, Tarek, Die Problematik des Rechtsmißbrauchs im Strafverfahren: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Bezüge des Strafprozeßrechts, Berlin 2002.

Achterberg, Norbert/Püttner, Günter/Würtenberger, Thomas, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 2. Aufl., Heidelberg 2000.

Adams, Michael, Ökonomische Theorie des Rechts: Konzepte und Anwendungen, 2. Aufl., Frankfurt am Main u. a. 2004.

Afshar, Fabian, Strafprozessuale Pragmatik und Normdeutung: zur Bedeutung von Rechtsfragen bei § 153a StPO: zugleich ein Beitrag zur normativen Seite des Tatverdachts und zur Legitimation der Einstellung unter Auflagen, Berlin 2020.

Albrecht, Peter-Alexis, Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht, 4. Aufl., München 2010.

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1994.

Allensbach Institut, Roland Rechtsreport 2019, abrufbar unter https://www.roland-rechtsschutz.de/media/roland-rechtsschutz/pdf-rr/042-presse-pressemitteilungen/roland-rechtsreport/roland_rechtsreport_2019.pdf (besucht am 01.09.2021).

Altenhain, Karsten/Jahn, Matthias/Kinzig, Jörg, Die Praxis der Verständigung im Strafprozess. Eine Evaluation der Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009, Baden-Baden 2020.

Altenhain, Karsten/Hagemeier, Ina/Haimerl, Michael/Stammen, Karl-Heinz, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, Baden-Baden 2007.

Ambs, Friedrich, Das Legalitätsprinzip auf dem Prüfstand der Rechtswirklichkeit, insbesondere im Bereich der Umweltkriminalität, in: Geppert, Klaus (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin 1990, S. 7–18.

Amelung, Knut, Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren, NJW 1991, S. 2533–2540.

Ders., Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe, JZ 1987, S. 737–745.

Arnim, Hans Herbert von, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Berlin 1988.

Ders., Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, München 1984.

Arnoldi, Olaf, Präsente Beweismittel in der Praxis, NStZ 2018, S. 305–312.

Bach, Florian, Der Verdacht im Strafverfahren, JURA 2007, S. 12–15.

Badura, Peter, Staatsrecht: systematische Darstellung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl., München 2018.

Bantlin, Franziska, Grundrechtsschutz bei Telekommunikationsüberwachung und Online-Durchsuchung, JuS 2019, S. 669–673.

Barczak, Tristan, Rechtsgrundsätze: Baupläne für die normative Einheits- und Systembildung, JuS 2021, S. 1–7.

Baumann, Jürgen, Die Situation des deutschen Strafprozesses, in: Kohlmann, Günter (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Köln 1983, S. 459–476.

Bayer, Bastian, Stigmatisierungen des Beschuldigten durch Verfahrenseinstellungen der Staatsanwaltschaft aus Opportunitätsgründen: eine Rechtsschutzanalyse de lege lata, Hamburg 2016.

Becker, Jörg-Peter/Erb, Volker/Esser, Robert/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander (Hrsg.), Löwe-Rosenberg Großkommentar, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Band, Teilband 1, 27. Aufl., Berlin, Boston 2019 (zitiert: LR-StPO[27]/Bearbeiter, § Rn.).

Dies., Löwe-Rosenberg Großkommentar, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 6. Band, 27. Aufl., Berlin, Boston 2019 (zitiert: LR-StPO[27]/Bearbeiter, § Rn.).

Dies., Löwe-Rosenberg Großkommentar, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Band, Teilband 2, 27. Aufl., Berlin, Boston 2018 (zitiert: LR-StPO[27]/Bearbeiter, § Rn.).

Behrens, Fritz, Kostencontrolling und Haushaltsflexibilisierung als Instrumente einer modernen Justiz und Verwaltung, ZRP 1998, S. 386–388.

Bernsmann, Klaus/Jansen, Kirsten, Heimliche Ermittlungsmethoden und ihre Kontrolle – ein systematischer Überblick, StV 1998, S. 217–231.

Bernsmann, Klaus/Sotelsek, Marc, Telefonüberwachung bei Verdacht der Geldwäsche – Verwertbarkeit, StV 2004, S. 113–115.

Bertram, Günter, Notwendigkeit einer Reform der Strafjustiz?, NJW 2000, S. 2312–2317.

Beulke, Werner/Swoboda, Sabine, Strafprozessrecht, 15. Aufl., Heidelberg 2020.

Ders./Fahl, Christian, Untreue zum Nachteil der CDU durch Dr. Kohl, NStZ 2001, S. 426–429.

Birkmeyer, Karl, Deutsches Strafprozeßrecht mit eingehender Bezugnahme auf die preußischen und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des österreichischen Strafprozeßrechts, Berlin 1898.

Blau, Günter, Beweisverbote als rechtsstaatliche Begrenzung der Aufklärungspflicht im Strafprozeß, JURA 1993, S. 513–521.

Bleckmann, Albert, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, JuS 1994, S. 177–183.

Bloy, Rene, Zur Systematik der Einstellungsgründe im Strafverfahren, GA 1980, S. 161–183.

Blozik, Michael, Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, Göttingen 2012.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Zum Ende des Schulgebetsstreits, DÖV 1980, S. 323–327.

Borowski, Martin, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., Baden-Baden 2018.

Brewster, Thomas, The Feds' Favorite iPhone Hacking Tool Is Selling On eBay For $ 100 – And It's Leaking Data, https://www.forbes.com/sites/thomasbrewster/2019/02/27/the-feds-favorite-iphone-hacking-tool-is-selling-on-ebay-for-100and-its-leaking-data/?sh=37684d605dd4 (besucht am 01.09.2021).

Breyer, Friedrich, Mikroökonomik: eine Einführung, 7. Aufl., Berlin 2020.

Britz, Gabriele, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, S.346–351.

Bumke, Christian/Voßkuhle, Andreas, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl., Tübingen 2020.

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Eckpunkte Modernisierung des Strafverfahrens, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/051519_Kabinett_Modernisierung_Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (besucht am 01.09.2021).

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz/Jehle, Jörg-Martin, Strafrechtspflege in Deutschland: Fakten und Zahlen, 6. Aufl., https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Strafrechtspflege_Deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (besucht am 11.06.2021).

Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201–246.

Claus, Susanne, Zur Modernisierung des Strafverfahrens, NStZ 2020, S. 57–65.

Couzinet, Daniel, Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Einführung, Strukturhinweise, Anwendung in der Fallbearbeitung, JuS 2009, S. 603–608.

Dahs, Hans, Bewältigung großer Strafprozesse – um welchen Preis?, NJW 1974, S. 1538–1543.

Dallmeyer, Jens, Wiedergeburt der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege"?, HRRS 2009, S. 429–433.

Degenhart, Christoph, Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht, 36. Aufl., Heidelberg 2020.

Deiters, Mark, Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006.

Ders./Albrecht, Anna Helena, § 153a Abs. 2 StPO bei weiter aufklärbarem Verdacht eines Verbrechens? Überlegungen aus Anlass der vorläufigen Einstellung des Bremer Brechmittelverfahrens, ZIS 2013, S. 483–487.

Dencker, Friedrich, Beschleunigung des Strafprozesses. Vereinfachte Feststellung von Sachverhalten, die von den Verfahrensbeteiligten als „unstreitig" bezeichnet werden, StV 1994, S. 503–507.

Dittmann, Jörg, Wie funktioniert die Erledigung von Strafverfahren? Eine soziologische Studie über die Arbeitsbewältigung an deutschen Landgerichten und Staatsanwaltschaften, Münster 2004.

Döhring, Silke, Ist das Strafverfahren vom Legalitätsprinzip beherrscht?, Frankfurt am Main u. a. 1999.

Dölling, Dieter, Polizeiliche Ermittlungstätigkeit und Legalitätsprinzip. Eine empirische und juristische Analyse des Ermittlungsverfahrens unter besonderer Berücksichtigung der Aufklärungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit, in: Sonderbände der BKA-Forschungsreihe, Wiesbaden 1987, https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Publikationsreihen/BkaForschungsreiheSonderbaende/3_26_PolizeilicheErmittlungstaetigkeitUndLegalitaetsprinzipErsterHalbband.html (besucht am 01.09.2021).

Dorn, Florian u. a., Die volkswirtschaftlichen Kosten des Corona-Shutdown für Deutschland: Eine Szenarienrechnung, ifo Schnelldienst 4/2020, S. 29–35.

Duckwitz, Eike, Die Verwertbarkeit von nach §§ 154, 154a StPO ausgeschiedenem Prozessstoff bei der Beweiswürdigung und Strafzumessung im Strafverfahren: eine Untersuchung aus rechtsstaatlicher und verfahrensrechtlicher Perspektive, Göttingen 2017.

Dudenredaktion, funktionstüchtig, Duden online, https://www.duden.de/rechtschreibung/funktionstuechtig#bedeutung (besucht am 01.09.2021).

Eckl, Peter, Legalitätsprinzip in der Krise?, ZRP 1973, S. 139–141.

Eidenmüller, Horst, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Tübingen 1995.

Eierle, Philipp, „Verteidigung der Rechtsordnung" und „öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe mit empirischen Gehalt, in: Kaspar, Johannes/Walter, Tonio (Hrsg.), Strafen „im Namen des Volkes"?, Baden-Baden 2019, S. 163–175.

Eifert, Martin, Das neue Steuerungsmodell – Modell für die Modernisierung der Gerichtsverwaltung?, VerW 30 (1997), S. 75–96.

Eisele, Jörg/Trentmann, Christian, Die Staatsanwaltschaft – „objektivste Behörde der Welt"?, NJW 2019, S. 2365–2368.

Epping, Volker, Grundrechte, 8. Aufl., Berlin 2019.

Ders./Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 48. Edition (Stand: 15.08.2021), München 2021 (zitiert: BeckOK-GG[48]/Bearbeiter, Art. Rn.).

Erb, Volker u. a. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg Großkommentar, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Band, 26. Aufl., Berlin 2009 (zitiert: LR-StPO[26]/Bearbeiter, § Rn.).

Dies., Löwe-Rosenberg Großkommentar, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Band, 26. Aufl., Berlin 2008 (zitiert: LR-StPO[26]/Bearbeiter, § Rn.).

Eschelbach, Ralf, Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten, StV 2000, S. 390–398.

Ders./Gieg, Georg/Schulz, Hansjürgen, Begründungsanforderungen an die Urteilsverfassungsbeschwerde in Strafsachen, NStZ 2000, S. 565–574.

Eser, Albin, Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen – Auf dem Weg zur „Reprivatisierung" des Strafverfahrens?, ZStW 104 (1992), S. 361–397.

Ders., Absehen von Strafe – Schuldspruch unter Strafverzicht. Rechtsvergleichende kriminalpolitische Bemerkungen, namentlich im Blick auf das DDR-Strafrecht, in: Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 257–274.

Faller, Hans, Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozeß, in: Spanner, Hans/Lerche, Peter/Zacher, Hans/Badura, Peter/Campenhausen, Axel Frhr. von (Hrsg.), Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag am 01. September 1971, München 1971, S. 70–87.

Fezer, Gerhard, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., München 1995.

Fezer, Karl-Heinz, Reduktion von Beweiserfordernissen – Systemverändernde Tendenzen in der tatrichterlichen Praxis und in der Gesetzgebung, StV 1995, S. 263–270.

Ders., Nochmals – Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 1988, S. 223–228.

Ders., Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, S. 817–824.

Fornauf, Marc, Die Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt im System des Strafrechts, Frankfurt am Main u. a. 2010.

Franke, Ulrich/Wienroeder, Karl (Hrsg.), Betäubungsmittelgesetz Kommentar, 3. Aufl., Heidelberg 2008 .

Fratzky, Kai-Uwe, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, Hamburg 2013.

Frick, Stefan, Die Fiskalisierung des Strafverfahrens, Berlin 2012.

Gaede, Karsten, Das Erwachen der Macht? Die europäisierte Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, wistra 2016, S. 89–97.

Gellermann, Martin, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande: Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Tübingen 2000.

Gercke, Björn/Julius, Karl-Peter/Temming, Dieter/Zöller, Mark (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., Heidelberg 2019 (zitiert: HK-StPO[6]/Bearbeiter, § Rn.).

Dies., Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., Heidelberg 2012 (zitiert: HK-StPO[5]/Bearbeiter, § Rn.).

Gerhardt, Michael, Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Bericht des Bundesverfassungsgerichts für die XIV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, Karlsruhe 2007, https://www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report_Germany_de.pdf (besucht am 01.09.2021).

Gössel, Karl Heinz, Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren, in: Schöch, Heinz (Hrsg.), Recht gestalten – dem Recht dienen: Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, Berlin 2007, S. 79–92.

Ders., Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland, GA 1991, S. 483–511.

Götz, Volkmar/Geis, Max-Emanuel, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht: ein Studienbuch, 16. Aufl., München 2017.

Gollwitzer, Walter, Gerechtigkeit und Prozeßwirtschaftlichkeit – Einige Gedanken zum knappen Gut der Rechtsgewährung, in: Gössel, Karl Heinz (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, München 1985, S. 147–172.

Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 39. Edition (Stand: 01.01.2021), München 2021 (zitiert: BeckOK-StPO[39]/Bearbeiter, § Rn).

Graf, Walther, Rasterfahndung und organisierte Kriminalität, Mönchengladbach 1997.

Gröpl, Christoph, Haushaltsrecht und Reform: Dogmatik und Möglichkeiten der Fortentwicklung der Haushaltswirtschaft durch Flexibilisierung, Dezentralisierung, Budgetierung, Ökonomisierung und Fremdfinanzierung, Tübingen 2001.

Große Strafrechtskommission des deutschen Richterbundes, Gutachten zum Thema: Beweisverbote im Strafverfahren, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Gutachten_Beweisverbote_Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (besucht am: 01.09.2021).

Dies., Gutachten zum Thema: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen, http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Das_Verhaeltnis_von_Gericht_Staatsanwaltschaft_und_Polizei_im_Ermittlungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile (besucht am 01.09.2021).

Grünwald, Gerald, Zur selbstverschuldeten Verhandlungsunfähigkeit, JZ 1976, S. 767–773.

Grupp, Klaus, Die „Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit" im Haushaltsrecht, JZ 1982, S. 231–237.

Hamm, Rainer, Wie man in richterlicher Unabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert, NJW 2001, S. 1694–1696.

Ders., Strafverfolgung recht und billig, NJW 1996, S. 236–238.

Hannich, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Aufl., München 2019 (zitiert: KK-StPO[8]/Bearbeiter, § Rn.).

Ders., Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG, EGGVG und EMRK, 6. Aufl., München 2008 (zitiert: KK-StPO[6]/Bearbeiter, § Rn.).

Hassemer, Winfried, Legalität und Opportunität im Strafverfahren, in: Ostendorf, Heribert (Hrsg.), Strafverfolgung und Strafverzicht: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, Köln 1992, S. 529–540.

Ders., Das Schicksal der Bürgerrechte im effizienten Strafrecht, StV 1990, S. 328–331.

Ders., Unverfügbares im Strafprozeß, in: Kaufmann, Arthur/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Zacher, Hans (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1988, S. 183–204.

Ders., Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" – ein neuer Rechtsbegriff?, StV 1982, S. 275–280.

Haverkate, Görg, Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln, Tübingen 1983.

Heger, Martin, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2018.

Heghmanns, Michael, Verfolgungsdefizite und polizeiliche Ahndungskompetenzen, ZRP 2001, S. 554–558.

Ders./Scheffler, Uwe (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, München 2008, S. 191–320.

Heintschel-Heinegg, Bernd von/Stöckel, Heinz (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung (Kleinknecht/Müller/Reitberger), 91. Lfg., Neuwied (zitiert: KMR-StPO[91]/Bearbeiter, § Rn.).

Hellmann, Uwe, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Berlin u. a. 2006.

Herdegen, Gerhard, Bemerkungen zum Beweisantragsrecht, NStZ 1984, S. 337–343.

Hesse, Hans Albrecht, Der Staat will schützen und nutzt dazu das Recht – vernutzt er es dabei?, AnwBl 2001, S. 189–197.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999.

Hessisches Ministerium der Justiz, Erlaß des Hessischen Ministeriums der Justiz zu Entlastungsmaßnahmen bei der Staatsanwaltschaft, NJW 1996, S. 241.

Heyden, Frank, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips, Winterthur 1961.

Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 1, Grundlagen des Strafrechts, Heidelberg 2019.

Hillenkamp, Thomas, Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen, NJW 1989, S. 2841–2849.

Hirsch, Hans-Joachim, Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft, ZStW 92 (1980), S. 218–254.

Hobusch, Alexander, Der moderne Eingriffsbegriff in der Fallbearbeitung, JA 2019, S. 278–281.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Einleitende Problemskizze, in: Ders./Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998, S. 11–58.

Hofmann, Ekkehard, Die Abwägung konfligierender Interessen in Recht und Wohlfahrtstheorie, in: van Aaken, Anne/Schmidt-Lübbert, Stefanie (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, Wiesbaden 2003, S. 135–148.

Hofmann, Robin, Effektivität, Effizienz und Pragmatismus: Eine rechtsvergleichende Analyse staatsanwaltlicher Strafverfolgung in den Niederlanden und in Deutschland, KriPoZ 2020, S. 38–49.

Homann, Klaus, Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ in den §§ 376, 153 StPO und 232 StGB, Göttingen 1971.

Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar (von Mangoldt/Klein/Starck), Band 3, 7. Aufl., München 2018 (zitiert: Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter, Art. Rn.).

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechtes der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Aufl., Heidelberg 2014.

Dies., Handbuch des Staatsrechtes der Bundesrepublik Deutschland, Band XII, 3. Aufl., Heidelberg 2011.

Dies., Handbuch des Staatsrechtes der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, 3. Aufl., Heidelberg 2010.

Dies., Handbuch des Staatsrechtes der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 3. Aufl., Heidelberg 2007.

Dies., Handbuch des Staatsrechtes der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006.

Jahn, Matthias, Strafverfassungsrecht: Das Grundgesetz als Herausforderung für die Dogmatik des Straf- und Strafverfahrensrechts, in: Tiedemann, Klaus/Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/Burchard, Christoph/Brodowski, Dominik (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege: Erinnerung an Joachim Vogel, Baden-Baden 2016, S. 63–86.

Ders., Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des siebenundsechzigsten deutschen Juristentages, Band I, München 2008, Gutachten C 1 – C 128.

Jeney, Tanja, Vereinfachtes Strafverfahren mit Hauptverhandlung, Berlin 2003.

Jeutter, Friedrich, Sinn und Grenzen des Legalitätsprinzips im Strafverfahren, München 1976.

Julius, Karl-Peter, Zum Verhältnis von Aufklärungspflicht und Beweisantragsrecht im Strafprozeß, NStZ 1986, S. 61–64.

Kahlo, Michael, Der Begriff der Prozeßsubjektivität und seine Bedeutung im reformierten Strafverfahren, besonders für die Rechtsstellung des Beschuldigten, KritV 1997, S. 183–210.

Kapahnke, Ulf, Opportunität und Legalität im Strafverfahren: Strafverfolgungsverzicht durch die Staatsanwaltschaft gemäß den §§ 154, 154a StPO nach der Neufassung durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979, Tübingen 1982.

Kelker, Brigitte, Die Rolle der Staatsanwaltschaften im Strafverfahren: Objektives Organ der Rechtspflege oder doch „parteiischer" Anwalt des Staates?, ZStW 118 (2006), S. 389–426.

Kempny, Simon/Lämmle, Martina, Der „allgemeine Gleichheitssatz" des Art. 3 I GG im juristischen Gutachten, JuS 2020, S. 22–26, S. 113–117, S. 215–221.

Kielmansegg, Sebastian Graf von, Grundfälle zu allgemeinen Grundrechtslehren, JuS 2009, S. 118–124.

Kinzig, Jörg, Die Telefonüberwachung in Verfahren organisierter Kriminalität: Fehler bei der richterlichen Anordnung, Mängel des Gesetzes, StV 2004, S. 560–567.

Klatt, Matthias/Meister, Moritz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus, JuS 2014, S. 193–199.

Klein, Oliver, Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung, JuS 2006, S. 960–964.

Klement, Jan Henrik, Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt: Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik, JZ 2008, S. 756–763.

Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3, München 2019.

Köhler, Michael, Prozeßrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe, ZStW 107 (1995), S. 10–47.

König, Stefan, Das Geständnis im postmodernen, konsensualen Strafprozess, NJW 2012, S. 1915–1919.

Koerth, Katharina, Personalnot: Die Justiz sieht alt aus, https://www.spiegel.de/karriere/arbeitsueberlastung-im-gericht-warum-die-justiz-alt-aussieht-a-1265194.html (besucht am 01.09.2021).

Kohlhaas, Max, Beweisverbote im Strafprozeß, DRiZ 1966, S. 286–291.

Kröpil, Karl, Verfahrensziel und materielles Strafrecht, JuS 2015, S. 509–513.

Ders., Zur Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege als Argumentationstopos in der Rechtsprechung des BVerfG, AnwBl 2001, S. 198–204.

Kudlich, Hans/Christensen, Ralph, Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten, JA 2004, S. 74–83.

Ders./Nicolai, Florian, Immer wieder Neuigkeiten im Strafprozessrecht – Das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens, JA 2020, S. 881–888 .

Kühl, Kristian, Freie Beweiswürdigung des Schweigens des Angeklagten und der Untersuchungsverweigerung eines angehörigen Zeugen – BGHSt 32, 140, JuS 1986, S. 115–122.

Kuhli, Milan, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, Tübingen 2018.

Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl., Heidelberg 2015.

Kumkar, Jan-Felix, Rechtsschutz gegen die Staatsanwaltschaft: die Staatsanwaltschaft im System der Rechtskonkretisierung und das Grund-Grundrecht auf Justizgewährung, Freiburg 2018.

Kunig, Philip, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986.

Kurth, Hans, Beschränkung des Prozeßstoffs und Einführung des Tonbandprotokolls durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979, NJW 1978, S. 2481–2484.

Kutsche, Katharina/Tanriverdi, Hakan, Freiburger Mordprozess: Wie Polizisten das Handy des Tatverdächtigen auslasen, https://www.sueddeutsche.de/digital/prozess-wegen-vergewaltigung-und-mord-wie-polizisten-das-handy-des-freiburger-mordverdaechtigen-auslasen-1.3860870 (besucht am 01.09.2021).

Landau, Herbert, Das Urteil des Zweiten Senats des BVerfG zu den Absprachen im Strafprozess vom 19. März 2013, NStZ 2014, S. 425–431.

Ders., Die Ambivalenz des Beschleunigungsgebots, in: Herzog, Felix (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, Heidelberg 2010, S. 1073–1088.

Ders., Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, S. 121–129.

Laue, Christian, Das öffentliche Interesse an der Beschleunigung des Strafverfahrens, GA 2005, S. 648–663.

Lenz, Christofer/Burgbacher, Ernst, Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz, NJW 2009, S. 2561–2567.

Lepsius, Oliver, Normenhierachie und Stufenbau der Rechtsordnung, Jus 2018, S. 950–954.

Lilie, Hans, Ist für die Strafjustiz ein dreigliedriger Justizaufbau, eine Reform des Rechtsmittelsystems und eine Aufgabenverlagerung auf außergerichtliche Verfahren zu empfehlen?, Gutachten D für den 63. Deutschen Juristentag, München 2000.

Limbach, Jutta, Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege im Rechtsstaat, in: Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung, Köln 1996, S. 35–44.

Löwe, Ewald/Rosenberg, Leo (Hrsg.), Großkommentar, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Band, 22. Aufl., Berlin, (zitiert: LR-StPO[22]/Bearbeiter, § Rn.).

Löwisch, Manfred (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Neubearbeitung 2019, Berlin 2019 (zitiert: Staudinger/Bearbeiter, § Rn.).

Lorenz, Frank Lucien, Absoluter Schutz versus absolute Relativität. Die Verwertung von Tagebüchern zur Urteilsfindung im Strafprozeß, GA 1992, S. 254–279.

Lorenzen, Henning, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip – Kritische Betrachtungen aus der und für die Strafverfolgungspraxis, in: Ostendorf, Heribert (Hrsg.), Strafverfolgung und Strafverzicht: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, Köln 1992, S. 541–558.

Loritz, Hartmut, Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens, Frankfurt am Main u. a. 1996.

LTO-Redaktion, Umfrage bei Länder-Justiz: Überlastet ins neue Jahr, https://www.lto.de/recht/justiz/j/justiz-belastung-personal-mangel-nachwuchs-pensionierung/(besucht am 01.09.2021).

Magnus, Dorothea, Das „öffentliche Interesse“ in § 153 Abs. 1 StPO – Analyse eines aktuellen Falles, GA 2012, S. 621–635.

Maiazza, Robert, Das Opportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts, Herbolzheim 2013.

Malolepszy, Maciej, Abschied von der Suche nach der Wahrheit im deutschen und polnischen Strafverfahren: Eine parallele Tendenz?, ZStW 126 (2014), S. 489–508.

Mathis, Klaus, Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl., München 2019.

Mayer, Simone, Was lässt Richter richten?, in: Schmidtchen, Dieter/Weth, Stephan (Hrsg.), Der Effizienz auf der Spur, Baden-Baden 1999, S. 139–156.

Mehde, Veith, Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen, Sinzheim 2000.

Meier, Bernd-Dieter, Licht ins Dunkel: Die richterliche Strafzumessung, JuS 2005, S. 769–773.

Meyer, Maria-Katharina, Das „Fehlen des öffentlichen Interesses“ in § 153 Abs. 1 StPO – eine überflüssige und überdies gefährliche Leerformel?, GA 1997, S. 404–417.

Meyer-Goßner, Lutz (Hrsg.), Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 63. Aufl., München 2020 (zitiert: Meyer-Goßner-StPO[63]/Bearbeiter, § Rn.).

Ders., Theorie ohne Praxis und Praxis ohne Theorie im Strafverfahren, ZRP 2000, S. 345–351.

Michael, Lothar, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS 2001, S. 148–155.

Ders./Morlok, Martin, Grundrechte, 7. Aufl., Baden-Baden 2020.

Mosbacher, Andreas, Der Spielraum des Tatrichters bei Wertungs- und Wahrscheinlichkeitsurteilen, in: Schneider, Hendrik (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008, Berlin 2008, S. 227–244.

Murmann, Uwe, Prüfungswissen Strafprozessrecht, 4. Aufl., München 2019.

Ders., Reform ohne Wiederkehr? – Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, ZIS 2009, S. 526–538.

Ders., Die strafprozessuale Zusatzfrage in der ersten Prüfung, Jus-Beilage 2007, S. 1–24.

Ders., Über den Zweck des Strafprozesses, GA 2004, S. 65–86.

Murswiek, Dietrich, „Nachhaltigkeit" – Probleme der rechtlichen Umsetzung eines umweltpolitischen Leitbildes, NuR 2002, S. 641–648.

Muthorst, Olaf, Auslegung: Eine Einführung, JA 2013, S. 721–727.

Naucke, Wolfgang, Der Begriff der „geringen Schuld" (§ 153 StPO) im Straftatsystem, in: Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 197–212.

Nelle-Rublack, Ursula, Der modernisierte Strafprozess. Zur Soziologie konsensorientierter Wirtschaftsstrafverfahren, Münster 1999.

Nelles, Ursula/Velten, Petra, Einstellungsvorschriften als Korrektiv für unverhältnismäßige Strafgesetze?, NStZ 1994, S. 366–370.

Nestler, Nina, Strafverfahren zwischen Wirtschaftlichkeit und Legalitätsprinzip, JA 2012, S. 88–96.

Nestler-Tremel, Der Handel um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, DRiZ 1988, S. 288–296.

Neuber, Florian, Unselbstständige Beweisverwertungsverbote im Strafprozess – Die Abwägungslehre auf dem methodischen Prüfstand, NStZ 2019, S. 113–123.

Neumann, André, Über den Einbruch der Verfahrensökonomie in die Strafprozessordnung (StPO), Diss.-jur 2010.

Niebier, Engelbert, Der Einfluß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf das Strafprozeßrecht, in: Gössel, Karl Heinz (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, München 1985, S. 299–318.

Niemöller, Martin/Schuppert, Gunnar Folke, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, AöR 107 (1982), S. 387–491.

Nitz, Gerhard, Private und öffentliche Sicherheit, Berlin 2000.

Osterloh, Lerke, Staatsverschuldung als Rechtsproblem? Kritisches zum Urteil des Zweiten Senats des BVerfG vom 18.4.1989, NJW 1990, S. 145–152.

Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtskenntnis?, JZ 1988, S. 213–223.

Papier, Hans-Jürgen, Der Wandel präventiver Schutzgewährung in der staatlichen Finanzkrise, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998, S. 231–244.

Patz, Die Effektivität der Strafrechtspflege, Frankfurt am Main u. a. 2009.

Peters, Anne, Die Ausfüllung der Spielräume der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen, DÖV 2001, S. 749–762.

Peters, Karl, Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 4. Aufl., Heidelberg 1985.

Pfeiffer, Gerd, Das strafrechtliche Beschleunigungsgebot, in: Arzt, Gunther/Fezer, Gerhard/Weber, Ulrich/Schlüchter, Ellen/Rössner, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992, Bielefeld 1992, S. 329–348.

Pflughaupt, Matthias, Prozessökonomie: verfassungsrechtliche Anatomie und Belastbarkeit eines gern bemühten Arguments, Tübingen 2011.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte. Staatsrecht II, 27. Aufl., Heidelberg 2011.

Poscher, Ralf, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, RW 2010, S. 349–372.

Pott, Christine, Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO: zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrensrechtstheorie, Frankfurt am Main u. a. 1996.

Puschke, Jens, Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte, in: Hefendehl, Roland (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, Berlin 2010, S. 9–40.

Rabe, Patricia, Das Verständigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und die Notwendigkeit von Reformen im Strafprozess, Tübingen 2017.

Ransiek, Andreas, Belehrung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation – Folgerungen für die Beschuldigtenvernehmung, StV 1994, S. 343–347.

Rath, Jürgen, Zum Begriff der Verhandlungsunfähigkeit im Strafverfahren, GA 1997, S. 214–228.

Rebehn, Sven, Verstöße gegen das Beschleunigungsgebot häufen sich, DRiZ 2018, S. 204–205.

Reuter, Thomas, Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen, JURA 2009, S. 511–518.

Riehle, Eckart, Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien, KJ 1980, S. 316–324.

Rieß, Peter, Über die Aufgaben des Strafverfahrens, JR 2006, S. 269–277.

Ders. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg Großkommentar, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 2, 25. Aufl., Berlin 2004 (zitiert: LR-StPO[25]/Bearbeiter, § Rn.).

Ders., Sicherung einer effektiven Strafrechtspflege – ein Verfassungsgebot?, StraFo 2000, S. 364–369.

Ders., Über Subsidiaritätsverhältnisse und Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, in: Geppert, Klaus, Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin 1990, S. 367–390.

Ders., Statistische Beiträge zur Wirklichkeit des Strafverfahrens, in: Hamm, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag, Berlin 1981, S. 253–328.

Ders., Die Zukunft des Legalitätsprinzips, NStZ 1981, S. 2–10.

Ders., Vereinfachte Verfahrensarten für die kleinere Kriminalität, in: Schreiber, Hans-Ludwig (Hrsg.), Strafprozeß und Reform. Eine kritische Bestandsaufnahme, Neuwied, Darmstadt 1979, S. 113–149.

Ders., Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, eine lösbare Aufgabe?, ZRP 1977, S. 67–77.

Ring, Bernhard, Vereinfachung und Beschleunigung von Zivil- und Strafverfahren, ZRP 2017, S. 24–26.

Roxin, Claus/Greco, Luis, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl., München 2020.

Ders./Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 29. Aufl., München 2017.

Rudolphi, Hans-Joachim, Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979, JuS 1978, S. 864–867.

Ders., Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den §§ 100 a, b StPO, in: Grünwald, Gerald (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, Göttingen 1975, S. 433–453.

Rüthers, Bernd, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, S. 53–60.

Rzepka, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, Frankfurt am Main 2000.

Sachs, Michael, Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., München 2021.

Safferling, Christoph, Verdeckte Ermittler im Strafverfahren – deutsche und europäische Rechtsprechung im Konflikt?, NStZ 2006, S. 75–82.

Ders., Audiatur et altera pars – die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip? Qui statuit aliquid parte inaudita altera, Aequum liquet statuerit haud aequs fuit., NStZ 2004, S. 181–188.

Salas, Minor, Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens, München 2005.

Saliger, Frank, Grenzen der Opportunität – § 153a StPO und der Fall Kohl. Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28–2-2001, GA 2005, S. 155–176.

Satzger, Hemlut/Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 4. Aufl., Köln 2020 (zitiert: SSW-StPO[4]/Bearbeiter, § Rn.) .

Schermaier, Martin Josef, Impossibilium nulla obligatio. Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht, in: Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo (AUPA) 51 (2006), S. 241–268.

Schlink, Bernhard, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.

Schlüchter, Ellen, Das Strafverfahren, 1. Aufl., Köln (u. a.) 1981.

Schmidhäuser, Eberhard, Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: Bockelmann, Paul/Gallas (Hrsg.), Wilhelm, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, S. 511–524.

Schmidt, Heiner Christian, Beurteilungsspielräume im Strafprozess. Zur Überprüfbarkeit von Ermittlungsanordnungen aus dem Vorverfahren durch das erkennende Gericht, NJ 2008, S. 390–393.

Schmidt am Busch, Birgit/Gregor, Christof, Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Jeder Mensch ein Künstler?, JuS 2015, S. 37–42.

Schmidtchen, Dieter/Weth, Stephan, Ökonomische Analyse des Rechts: Ein Ausweg aus der Krise der Justiz?, in: Dies. (Hrsg.), Der Effizienz auf der Spur, Baden-Baden 1999, S. 237–248.

Schmidt-Jorzig, Edzard, Grenzen der staatlichen Strafgewalt, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2, Tübingen 2001, S. 505–526.

Ders., Möglichkeiten einer Aussetzung des strafverfolgerischen Legalitätsprinzips bei der Polizei, NJW 1989, S. 129–138.

Schmitz, Heribert (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar VwVfG (Stelkens/Bonk/Sachs), 9. Auflage, München 2018 (zitiert: BeckOk-VwVfG[9]/Bearbeiter, § Rn.).

Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Begr.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019 (zitiert: Schönke/Schröder-StGB[30]/Bearbeiter, § Rn.).

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), VwVfG Kommentar (Stand: Grundwerk Juli 2020), München 2020 (zitiert: Schoch/Schneider-VwVfG/Bearbeiter, § Rn.).

Schroeder, Friedrich-Christian, Die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten als Anwendungsvoraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen, GA 2005, S. 73–80.

Ders., Grenzen der Rationalisierung des Strafverfahrens, NJW 1983, S. 137–142.

Ders., Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute, in: Baumann, Jürgen (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 411–428.

Schünemann, Bernd, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? – Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlußeffekt, in: Bierbrauer, Günter/Gottwald, Walther/Birnbreier-Stahlberger, Beatrix (Hrsg.), Verfahrensgerechtigkeit – Rechtspsychologische Forschungsbeiträge für die Justizpraxis, Köln 1995, S. 215–232.

Schütz, Carsten, Moderne Justiz und Neue Steuerungsmodelle in Gerichten – eine Zusammenhangsbetrachtung, in: Hill, Hermann/Dieckmann, Jochen, Moderne Justiz, Baden-Baden 2013, S. 57–74.

Schulenberg, Johanna, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafverfahren, JuS 2004, S. 765–770.

Schulte, Martin/Kloos, Joachim (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht: Grundlagen, Beihilfen, öffentliche Unternehmen, Gewerberecht, Umweltrecht, Regulierungsrecht, München 2016.

Schwarz, Kyrill, Haushaltsverfassungsrecht in Zeiten der Corona-Krise, COVuR 2020, S. 74–78.

Seewald, Ottfried, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, Köln 1981.

Seibert, Helga, Bericht über die Diskussion, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), 40 Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, München 1990, S. 206–212.

Seiler, Christian, Konsolidierung der Staatsfinanzen mithilfe der neuen Schuldenregel, JZ 2009, S. 721–728.

Siebrecht, Michael, Rasterfahndung: eine EDV-gestützte Massenfahndungsmethode im Spannungsfeld zwischen einer effektiven Strafverfolgung und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Berlin 1997.

Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Staatsanwaltschaften 2018, Fachserie 10, Reihe 2.6, https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260187004.pdf?__blob=publicationFile (besucht am 01.09.2021).

Steinbeck, Anja/Lachenmaier, Andreas, Verhaltensökonomik im Gerichtssaal, NJW 2014, S. 2086–2091.

Steinberg, Georg, Richterliche Gewalt und Mediation, DRiZ 2012, S. 19–23.

Störmer, Rainer, Beurteilungsspielräume im Strafverfahren, ZStW 108 (1996), S. 494–524.

Ders., Der gerichtliche Prüfungsumfang bei Telefonüberwachungen – Beurteilungsspielraum bei Anordnungen nach § 100a StPO?, StV 1995, S. 653–659.

Strate, Gerhard, Annexion des Strafverfahrens durch die Polizei. Strafverfahrensänderungsgesetz 1989 – Vorstellung und Kritik, ZRP 1990, S. 143–147.

Stuckenberg, Carl-Friedrich, Gründe für die Abschaffung des § 153a StPO, in: Herzog, Felix/Schlothauer, Reinhold/Wohlers, Wolfgang/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte: Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, Berlin 2016, S. 369–390.

Sturm, Jan Felix, Der grundrechtliche Anspruch auf effektive Strafverfolgung Dritter. Die neue Kammerrechtsprechung des BVerfG und ihre Folgen für Opportunitätseinstellungen nach den §§ 153, 153a StPO, GA 2017, S. 398–410.

Teetzmann, Hanspeter, „Gerechtigkeit ist nicht in DM meßbar“, DriZ 1997, S. 493.

Theile, Hans, Die strafrechtliche Einziehung von Taterträgen sowie des Wertes von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB – Teil I, JA 2020, S. 1–8.

Ders., Wahrheit, Konsens und § 257c StPO, NStZ 2012, S. 666–671.

Theurer, Marcus, 1900.000.000.000. Euro?, https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/kosten-der-corona-hilfen-1900-000-000-000-euro-16761836/kassensturz-wie-teuer-wird-16761842.html (besucht am 01.09.2021).

ter Veen, Heino, Beweisumfang und Verfahrensökonomie im Strafprozeß: eine Analyse zur Interpretation des Beweisantragsrechts (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO) und der Kontrolle seiner tatrichterlichen Anwendung in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung, Heidelberg 1995.

Tiedemann, Klaus, Verfassungsrecht und Strafrecht, in: Juristische Gesellschaft Karlsruhe Studienreihe, Heft 196, Heidelberg 1991.

Trüg, Gerson/Habetha, Jörg, Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung – insbesondere mit Blick auf die Lichtensteiner Steueraffäre, NStZ 2008, S. 481–492.

Untersteller, Sebastian, Der Begriff „öffentliches Interesse“ in den §§ 153 StPO und 45 JGG, Berlin, Münster 2015.

Viering, Tobias, Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems im Strafverfahren: Voraussetzungen und Grenzen unter Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts, Frankfurt am Main u. a. 2009.

Vogler, Theo, Straffragen und strafverfahrensrechtliche Fragen in der Spruchpraxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZStW 89 (1977), S. 761–795.

Volk, Klaus/Engländer, Armin, Grundkurs StPO, 9. Aufl., München 2018.

Voßkuhle, Andreas, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, JuS 2007, S. 118–119.

Ders., Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, S. 429–431.

Ders., Das „Produkt“ der Justiz, in: Schulze-Fielitz, Helmuth/Schütz, Carsten (Hrsg.), Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit, Die Verwaltung, Beiheft 5 (2002), S. 35–52.

Vultejus, Ulrich, Unterschiedliche Leistungen der Justizminister, ZRP 1997, S. 433–435.

Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Reihe Alternativkommentare. Kommentar zur Strafprozeßordnung, Band 2, Teiband 1, Neuwied, Kriftel, Berlin 1992 (zitiert: AK-StPO/Bearbeiter, § Rn.).

Weigend, Thomas, Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht, ZStW 113 (2001), S. 271–304.

Ders., Deliktsopfer und Strafverfahren, Berlin 1989.

Welp, Jürgen, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Heidelberg 1974.

Weßlau, Edda, Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens, StraFo 2007, S. 1–7.

Dies., „Strafgeld“ – und kein Ende – Ein Kommentar zum Sächsischen Verfahrensmodell-, DRiZ 2000, S. 118–119.

Dies., Ahndungskompetenzen für die Polizei? – „Strafgeld“ auf dem Prüfstand, DRiZ 1999, S. 225–233.

Wienbracke, Mike, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ZJS 2013, S. 148–155.

Wischmeyer, Thomas, Die Kosten der Freiheit: Grundrechtsschutz und Haushaltsautonomie, Tübingen 2015.

Wohlers, Wolfgang, Das Strafverfahren in Zeiten der „Eilkrankheit“, NJW 2010, S. 2470–2475.

Wolfslast, Gabriele, Absprachen im Strafprozeß, NStZ 1990, S. 409–416.

Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK, Band 3, 5. Aufl., Köln 2016 (zitiert: SK-StPO[5]/Bearbeiter, § Rn.).

Ders. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK, Band 5, 4. Aufl., Köln 2012 (zitiert: SK-StPO[4]/Bearbeiter, § Rn.).

Zeidler, Wolfgang/Redaktion Deutsche Richterzeitung, „…der Rechtsstaat ist sehr teuer". Gespräch mit dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Wolfgang Zeidler, DRiZ 1984, S. 251–254.

ZEIT Online-Redaktion, Coronavirus. Finanzministerium rechnet mit 1,5 Billionen Euro Corona-Kosten, https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-10/coronavirus-krise-kosten-gesundheitssystem-konjunkturprogramme-wirtschaft-wiederaufbau (besucht am 01.09.2021).

Zöller, Mark, Heimlichkeit als System, StraFo 2008, S. 15–25.

Die Arbeit befasst sich mit der bisher wenig untersuchten Frage, ob und inwieweit staatlicherseits entstehende Kosten im Strafprozessrecht als zulässiges Argument im Rahmen der Rechtsanwendung bemüht werden dürfen. Das Problem wird anhand potenziell in Betracht kommender Rechtsnormen der Strafprozessordnung geprüft und sodann in den verfassungsrechtlichen Kontext eingebettet. Hierbei erfolgt insbesondere eine Auseinandersetzung mit dem Topos „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“ sowie dem Bedingungszusammenhang zwischen Kostenerwägungen und der strafprozessualen Zielerreichung. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass die Berücksichtigung staatlicherseits entstehender Kosten im Rahmen der strafprozessualen Rechtsfindung zur Bewältigung anderer Staatsaufgaben in dem durch den Gesetzgeber vorgegeben Umfang (Budgetrecht) unerlässlich ist, mithin ein generelles Verbot des Kostenarguments nicht überzeugt. Eine darüber hinausgehende Bedeutung des Kostenarguments im Sinne eines starken Effizienzprinzips lehnt der Verfasser ab.



ISBN: 978-3-86395-543-4
ISSN: 1864-2136
eISSN: 2512-7047

Universitätsverlag Göttingen